Die Heilung der Formnichtigkeit nach § 313 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Marburg

Vorgelegt von

Werner Gall

Gerichtsreferendar aus Berlin

Marburg 1928

Gedruckt in der Buchdruckerei von C. W. Niemeyer, Hameln

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät
angenommen am 30. 4. 1928.

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Leonhard.

Inhalt.

Kapitel 1.

Einleitung.

Kapitel 2.

Die Rechtsnatur der Heilung.

Die verschiedenen Meinungen.

Kapitel 3.

Voraussetzungen und Wirkungen der Heilung.

1. Abschnitt.

Voraussetzungen und Wirkungen der Heilung unter Ausschluß der besonders zweifelhaften Fragen.

2. Abschnitt.

Besonders zweifelhafte Fragen.

Literatur.

Bechmann, System des Kaufes nach gemeinem Recht, 2 Bde., 1884.

Bernhöft in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1900, § 90.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grundlage des B.G.B., 2. Aufl., 1904.

Biermann, Kommentar zum B.G.B., Sachenrecht, 1903.

Bürgerliches Gesetzbuch mit Anmerkungen von Achilles (André, Strecker, Meyer, Unzner), Greiff, 1927.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1908, Bd. 1.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, Bd. 2, 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 1 und 2, 1906.

Dernburg, Pandekten, 1887.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1903, Bd. 2, 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, 18./21. Aufl., 1923.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 18./21. Aufl., 1923.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 1, 1904, Bd. 2, 1901.

Erxleben, Die condictiones sine causa. 2 Bde., 1853.

Fischer-Henle, B.G.B., München, 1912.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Recht, systematisch zusammengestellt, Bd. 1, 1903.

Grabow, Die Tragweite des § 313, Satz 2, Diss. Greifswald, 1909.

Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, Stuttgart, 1904.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft, 1877.

Klingmüller, Natürliche Verbindlichkeiten, 1905.

Kracht, Ueber die Tragweite des § 313 B.G.B., Bochum, 1902.

Kretzschmar, Grundbuchrecht, Bd. 1, 1902, Bd. 2, 1903.

Laue, Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts nach B.G.B., Berlin, 1905.

Leonhard, Franz, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin, 1923.

Leonhard, Rudolf, Der allgemeine Teil des B.G.B., 1900.

Lewandowsky, Vorkaufsrecht, in Gruchots Beitr., Bd. 53, S. 570 ff.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.

von Mayr, Der Bereicherungsanspruch, Leipzig, 1903.

Neumann, Handausgabe des B.G.B., 1905.

Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl., 1909.

Oertmann, Kommentar des Rechts der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl., 1910.

Oertmann, Heilung der Formnichtigkeit nach § 313, Satz 2, im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 16, S. 589 ff.

Plancks Kommentar zum B.G.B.:
Recht der Schuldverhältnisse, 2 Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl. 1914,

Sachenrecht, 4. Aufl., 1920.
Predari, Grundbuchordnung, 2. Aufl., 1923.
Rehbein, Das B.G.B., 1903.
Reichel, Die Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 104, S. 1 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, §§ 1—853, Berlin-Leipzig, 1923.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, München, 1900.
Schreiber, Schuld und Haftung, Leipzig, 1914.
Staub, Das Problem des § 313, Satz 2, Breslau, 1913.
Staudingers Kommentar zum B.G.B.:
Allgemeiner Teil, 1925,
Recht der Schuldverhältnisse, 2 Bde., 1912.
Sachenrecht, 2 Bde., 1926.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1893 ff.
von Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910, II 1, 1914, II 2, 1918.
Tochtermann, § 313 B.G.B., Hannover, 1902.
Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., 1906.
Ubbelohde, Natürliche Verbindlichkeiten, in Iherings Jahrb., Bd. 38.
Warneyer, Kommentar zum B.G.B., 2 Bde.:
Bd. 1, Allgem. Teil und Schuldrecht, 1923.
Bd. 2, Sachen-, Familien- u. Erbrecht, 1927.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, im Arch. für zivilistische Praxis, Bd. 100, S. 1 ff.
Wendt, Pandekten.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.
Wolff, Sachenrecht, 15./19. Aufl., 1923.
Zitelmann, Allgemeiner Teil, 1900.

Zeitschriften und Sammlungen:

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für zivilistische Praxis.
Blätter für Rechtsanwendung von Seuffert und Glück.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.Z.).
Gesetzsammlung für die preußischen Staaten.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jahrbuch des deutschen Rechts, begründet von Hugo Neumann.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift (JW.).
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Motive zum Entwurf des B.G.B.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B.
Das Recht.
Rechtswissenschaftliche Studien.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG. E.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen (Seuff. Arch.).
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung (Z.Bl.. f. G.).

Kapitel 1.

Einleitung.

§ 1.

Der Gegenstand der Arbeit.

Das bürgerliche Gesetzbuch verlangt für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, gerichtliche oder notarielle Beurkundung. (§ 313, Satz 1 B.G.B.). Ist die Form nicht gewahrt, so entstehen aus der Vereinbarung keine klagbaren Ansprüche. Aber es besteht die Möglichkeit, einen solchen formungültigen Vertrag dadurch wirksam werden zu lassen, daß Auflassung und Eintragung erfolgen. Dieser rechtliche Vorgang, von der Rechtswissenschaft als Heilung bezeichnet, ist der Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Man könnte meinen, daß sich „nach der Technik des Gesetzes gar keine Unklarheiten ergeben könnten" [1]. Aber diese Erwartung hat sich nicht bestätigt [2]. Zahlreiche sehr zweifelhafte Fragen haben sich im Laufe der Zeit erhoben, und manche dieser Probleme haben in der Literatur noch nicht die erforderliche gründliche und genügende Behandlung gefunden.

§ 2.

Geschichtliches.

Das römische Recht scheidet hier aus, da es zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken nicht unterscheidet.

Das gemeine Recht kannte — von einer unbedeutenden Ausnahme abgesehen [3] — für keine Art des Kaufes eine Form [4]. Eine Heilung der Formungültigkeit kommt daher hier nicht in Frage. Die Partikularrechte haben vielfach für Grundstücksveräußerungsverträge eine Form vorgeschrieben [5]), teils irgendeine Art der öffentlichen Beurkundung, teils nur einfache Schriftform. War diese Form nicht gewahrt, so konnte der Vertrag nur dadurch gültig werden, daß er in der vorgeschriebenen Form nachgeholt wurde. Die Möglichkeit einer Heilung durch Erfüllung

---

1) So Klingmüller, Seite 240.
2) Vgl. Oertmann im Z.Bl. f. G., 16. Jahrgang, S. 589.
3) Verkauf kirchlicher Emphyteusen.
4) Bechmann, Bd. II, Seite 282.
5) Näheres bei Tochtermann, S. 2 und 3.

bestand nicht. Erst das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 [1]) hat darin eine Aenderung gebracht. § 10 dieses Gesetzes bestimmt (aus Gründen, auf die im folgenden Paragraphen näher einzugehen ist):

„. . . jedoch wird die mangelnde Form dieses Geschäfts durch die Auflassung geheilt."

Diese Vorschrift ist die geschichtliche Grundlage des § 313, Satz 2. Aber gegenüber der Bestimmung des Eigentumserwerbsgesetzes hat das B.G.B. eine wichtige Aenderung getroffen: Heute genügt nicht die Auflassung, sondern es sind Auflassung und Eintragung erforderlich, damit Heilung eintritt.

§ 3.

Der Zweck der Heilungsbestimmung.

Ein tieferes Verständnis für die Fragen der Heilung ist nur möglich, ja manche dieser Fragen sind überhaupt nur dann zu lösen, wenn man sich über den Zweck der Bestimmung des § 313, Satz 2, klar ist. Bei diesem wiederum ist von dem Zweck der Vorschrift des § 313, Satz 1, auszugehen.

Grundsätzlich gilt im Schuldrecht Formfreiheit. Der moderne Verkehr muß sich schnell abspielen. Er kann keine schwerfälligen Formen gebrauchen. Dem trägt das Gesetz Rechnung und schreibt nur dann einen Formzwang vor, wenn es besonders schwerwiegende Gründe erfordern. Das ist aber bei den Grundstücksverkäufen der Fall. Grundstücke sind Vermögensobjekte, die nicht so leicht und schnell hin und her geworfen werden dürfen wie die Gegenstände des täglichen Verbrauchs. Auf diese „wirtschaftliche und soziale Bedeutung des Grundeigentums" [2]) muß man Rücksicht nehmen.

Das aber genügt zur Begründung des Formzwanges nicht. Maßgebend ist vielmehr der Gedanke gewesen, daß man die kleine Bevölkerung vor übereilten, leichtfertigen Grundstücksverkäufen schützen müsse, zu denen sie von gewissenlosen und eigensüchtigen Leuten veranlaßt wird („Biertischverkäufe").

Außerdem will das Gesetz erreichen, daß der Vertragsinhalt klar festgestellt wird. Das geschieht dann, wenn die Parteien vor einem Richter oder Notar erscheinen, der sie mit seinen juristischen Kenntnissen und Erfahrungen unterstützt.

Da aber dem Verkehr nicht unnötig die Fessel des Formzwanges auferlegt werden darf, so folgt daraus, daß man von dem Formzwang dann abgehen muß, wenn alle Zwecke erreicht sind, die für die Begründung des Formzwanges maßgebend sind. Das ist aber dann der Fall,

---

[1]) Ges.-Samml. f. d. preuß. Staaten, 1872, S. 433 f.

[2]) Rehbein, Bd. II, zu § 313.

wenn Auflassung und Eintragung erfolgt sind; denn „die Förmlichkeiten sind dabei noch weitgehender als bei der öffentlichen Beurkundung“ [1]), und die Parteien haben doch die ernsthafte Absicht, das Geschäft zustande zu bringen, deutlich genug gezeigt. Das ist der Sinn der Heilungsbestimmung. Außerdem ist noch der Gedanke maßgebend gewesen, daß das Grundstückseigentum nicht 30 Jahre hindurch durch einen Bereicherungsanspruch gefährdet sein dürfe [2]).

Allerdings ein Ziel, das die Formvorschrift des § 313, Satz 1, erstrebt, wird im Falle der Heilung nicht erreicht: die genaue und vollständige Festlegung der einzelnen Abmachungen, und da die öffentliche Beurkundung erhebliche Kosten verursacht, werden die Parteien immer darauf verzichten, wenn sie sicher zu sein glauben, daß der Grundstücksverkäufer auch ohne rechtlichen Zwang sein Grundstück übereignen wird; denn Auflassung und Eintragung müssen ja sowieso erfolgen. Da die mündlichen oder privatschriftlichen Abmachungen sehr oft unklar und unvollständig sind, so kommt es, daß zahlreiche Prozesse darüber geführt werden, was denn wirklich vereinbart worden ist. Aber das Gesetz glaubt, diesen Gedanken in den Hintergrund stellen zu müssen, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen; „denn die Parteien würden es als einen Verstoß gegen Treu und Glauben empfinden, wenn ein Vertrag doch schließlich wieder rückgängig gemacht werden sollte, bei dessen Erfüllung der Richter selbst mitgewirkt habe“ [3]).

1) Crome, Bd. II, Seite 163.
2) Motive II, S. 191; vgl. auch Gutbrod, S. 109.
3) Mugdan, Materialien, Bd. 2, S. 104 f., 618 ff.

Kapitel 2.

Die Rechtsnatur der Heilung.

Die in diesem Kapitel erörterten Fragen haben nicht nur theoretische, sondern auch eine erhebliche praktische Bedeutung. Mehrere praktisch wichtige Fragen entscheiden sich danach, wie man zu dem Problem der Rechtsnatur der Heilung Stellung nimmt. (Vgl. Kapitel III).

§ 4.

Die verschiedenen Meinungen: a) Die Heilung als Bestätigung.

Die weitaus herrschende Meinung beantwortet die Frage nach der Rechtsnatur dahin, daß die Heilung aus dem Bestätigungscharakter der Auflassung zu begründen sei. Die Anhänger dieser Auffassung legen ihre Ansicht etwa folgendermaßen dar [1]):

Der nicht beurkundete Grundstücksveräußerungsvertrag falle unter § 125 und sei demnach nichtig. Streng genommen könne ein nichtiger Vertrag auch nicht bestätigt werden [2]). Wenn man aber trotzdem von Bestätigung spreche, so sei, richtiger ausgedrückt, darin eine Neuvornahme in der gesetzlichen Form zu sehen, wie es auch § 141 B.G.B. ausspreche. Genau derselbe Fall liege auch bei dem § 313, Satz 2, vor. Die Parteien, die trotz Nichtigkeit des Vertrages ihre Auflassungserklärungen abgeben, bestätigen damit den Vertrag, d. h. sie schließen ihn erneut ab, und in dieser Bestätigung sei die Rechtswirkung der Heilung zu suchen.

Man muß zugeben, daß diese Auffassung sehr nahe liegt, namentlich dann, wenn die Parteien sich darüber klar sind, daß der von ihnen nur mündlich oder privatschriftlich geschlossene Vertrag der Rechtswirkung entbehrt. Gegen diese Auffassung kann man auch — wie Oertmann zutreffend ausführt [3]) — nicht geltend machen, daß deshalb keine Bestätigung vorliege, weil diese ihrerseits der

[1]) R.G.Z. 52/4; 60/340; 65/395; 75/115; 81/51. Vgl. auch R.G. in Gruch. 51/930 und 57/947; Enneccerus, § 252, II 3b; Reichel im Arch. f. ziv. Pr. 104, S. 18; die Kommentare von Planck und Staudinger zu § 313 u. a. m.

[2]) Vgl. Enneccerus, § 189 I 3.

[3]) im Zentr.-Bl. f. Gerichtsbark., Bd. 16, S. 591.

öffentlichen Beurkundung bedürfe, da sie nach § 141 als erneute Vornahme des Vertrages zu beurteilen sei. Vielmehr ist der Sinn des § 313, S. 2, gerade der, daß er außer der allgemeinen Möglichkeit, den Vertrag erneut abzuschließen (nämlich durch Neuvornahme unter Beobachtung der Form), noch eine andere Möglichkeit gewährt, nämlich durch Neuvornahme in einer anderen gesetzlichen Form, der Auflassung und Eintragung. „Wenn Satz 2 nur das wiederholen würde, was sich aus der allgemeinen Bestätigungsregel ergibt, so wäre er ja überflüssig gewesen"[1]).

Aber wenn auch dieser Einwand nicht stichhaltig ist, so sprechen doch zahlreiche Bedenken gegen die Bestätigungstheorie. Grundlegend muß man von vornherein sagen, daß die Bestätigungstheorie mit der Fassung des Gesetzes nicht vereinbar ist. Das Gesetz spricht sich dahin aus, daß durch die Auflassung und Eintragung der alte Vertrag gültig wird, nicht aber dahin, daß ein neuer geschlossen wird[2]). Die Bestätigungstheorie erscheint m. E. auch insofern nicht unbedenklich, als die Heilung auf der einen Seite einen Vertragsabschluß bedeuten soll (Wiederholung des Vertrages in gesetzlicher Form), auf der anderen Seite aber unbestreitbar Erfüllung des Vertrages ist.

Gegen die Bestätigungstheorie sind mit Recht noch zahlreiche weitere Bedenken geltend gemacht worden. Man ordnet diese vielleicht am besten in folgende Gruppen ein[3]):

Entweder wird nachgewiesen, daß die Heilung nach § 313, Satz 2, Voraussetzungen enthält, die bei einer Bestätigung nicht notwendig sind,

oder, daß die Bestätigung Voraussetzungen enthält, die bei der Heilung nicht notwendig sind,

oder, daß die Wirkungen der Heilung nicht die gleichen sind, wie die der Bestätigung,

oder es wird dargelegt, daß die h. M. aus zwingenden Billigkeitsrücksichten Entscheidungen trifft, die mit der von ihr vertretenen Bestätigungstheorie nicht vereinbar sind, m. a. W., daß die h. M. nicht konsequent bleibt und nicht konsequent bleiben kann, wenn sie nicht zu ganz unbefriedigenden Ergebnissen kommen will.

Die verschiedenen Gruppen im einzelnen:

a) Die Heilung enthält Voraussetzungen, die bei einer Bestätigung nicht erforderlich sind.

---

[1]) a. a. O.

[2]) So auch Schreiber, S. 55.

[3]) Den Ansatz zu dieser Einteilung macht teilweise auch Oertmann, a. a. O.

Hierher gehört folgender gegen die Bestätigungstheorie erhobener Einwand[1]: wenn sie richtig wäre, dann müßte die Heilung schon mit der Auflassung eintreten; denn nur diese kann man allenfalls als Bestätigung auffassen, auf keinen Fall aber die Eintragung. Das B.G.B. hat jedoch diese Regelung — wie sie das preußische Eigentumserwerbsgesetz getroffen hatte —, bewußt abgelehnt. Infolgedessen enthält der Heilungstatbestand eine Voraussetzung mehr als die Bestätigung. Die Anhänger der Bestätigungstheorie suchen diesem Einwand dadurch zu begegnen, daß sie sagen, die Eintragung sei nur der grundbuchrechtliche Vollzug der Bestätigung. Aber dieser Ausweg vermag nicht zu befriedigen. Vielmehr müßte man vom Standpunkt der Bestätigungstheorie sagen: Die Auflassung stellt eine Bestätigung dar, und darin liegt die Heilwirkung begründet. Ob die bestätigenden vertraglichen Erklärungen nachher auch vollzogen werden, ist für die Annahme einer Bestätigung und infolgedessen auch für die damit verbundene Heilung bedeutungslos. Diese Auffassung scheitert aber an der Bestimmung des Gesetzes, und damit fällt auch die ganze Bestätigungstheorie.

b) Die Bestätigung enthält Voraussetzungen, die bei der Heilung nicht vorzuliegen brauchen.

Die Bestätigung ist nach § 141 eine Neuvornahme. Dabei kann allerdings der alte Vertrag verwendet werden, sei es, daß auf ihn Bezug genommen wird, sei es, daß er sogar als Teil in den neuen Vertrag hineingesetzt gedacht wird. Die Rechtslage im Falle des § 313, Satz 2, ist eine ganz andere. Wäre die Heilung eine Bestätigung, dann müßte sie einen neuen Grundstücksveräußerungsvertrag darstellen, also — wenn auch unter Bezugnahme auf den alten Vertrag — die beiderseitigen Verpflichtungen umgrenzen. Das ist aber nicht der Fall. Die Auflassung ist nur der dingliche, abstrakte, auf die Rechtsänderung gerichtete Vertrag und die Eintragung dessen grundbuchrechtlicher Vollzug. Der alte Vertrag ist hierfür nur das Motiv. Daß auf ihn Bezug genommen wird, gleich auf welche Art, verlangt das Gesetz für den Heilungstatbestand nach § 313, S. 2, nicht[2]. Uebrigens wäre es m. E. auch falsch, allgemein in der Erfüllung eines Geschäfts eine Bestätigung zu sehen, sonst müßte man einem Schuldner, der, vielleicht sehr ungern, eine Rechnung bezahlt hat, später, wenn sich herausstellt, daß er gar nicht zur Zahlung verpflichtet war, den Rückforderungsanspruch mit der Begründung abschneiden, daß er durch die Erfüllung das Geschäft bestätigt habe.

---

[1] Schollmeyer, Ziff. 3 zu § 313; Oberneck, S. 487.

[2] Dasselbe führt auch Oertmann, a. a. O., S. 594, aus, jedoch ist die Art seiner Darstellung in manchen Punkten geeignet, den Widerspruchsgeist zu erregen.

c) Die Wirkungen der Heilung sind nicht die gleichen, wie die der Bestätigung.

Wäre die Heilung eine Bestätigung, dann müßte sie auch die Wirkungen einer Bestätigung haben und infolgedessen auch andere Mängel des Grundgeschäfts heilen, sofern sonst die Bestätigung solche Mängel ergreift [1]). Aus der Bestimmung des § 313, Satz 2, geht aber deutlich hervor, daß die Heilung nur die mangelnde Form ersetzt.

Eine andere Frage ist, ob nicht unter den besonderen Umständen des Falles nach allgemeinen Bestimmungen in der Mitwirkung zur Auflassung eine Genehmigung gemäß § 108, Abs. 3, oder § 144, B.G.B., erblickt werden kann [2]); diese Wirkungen der Auflassung beruhen dann aber nicht auf § 313, S. 2.

d) Endlich führt die h. M. ihre Ansicht selbst nicht konsequent durch.

Hier seien nur einige Fälle, die besonders kraß erscheinen, herausgehoben: Wenn das R.G. die Heilung als Bestätigung, also als eine Neuvornahme auffaßt, dann hätte es in der Entscheidung R.G.Z., Bd. 60, S. 400 f. folgerichtigerweise erörtern müssen, ob das Bestätigungsgeschäft (also Auflassung und Eintragung) in allen Richtungen den an dieses zu stellenden Anforderungen genügt, nicht aber, inwieweit die Heilung Mängel des alten Geschäfts ergreift [3]). Aehnlich liegen die Verhältnisse in der Entscheidung des R.G. in J. W. 40, S. 37 [3]), und in dem Urteil des O.L.G. Jena in O.L.G.E. 6, S. 228 ff. [3]). Endlich ist mit Recht auf folgenden Fall hingewiesen worden [4]), in dem die Entscheidung des R.G. schlechterdings unvereinbar mit der Bestätigungstheorie ist. Das RG. hat mehrfach [5]) Heilung auch zugunsten der Zwischenveräußerungen angenommen, also wenn A. mit B. einen formlosen Grundstückskauf abgeschlossen, dieser dann das Grundstück formlos an C. weiterverkauft hat und nun A. an C. aufläßt. Darauf, ob diese Entscheidungen wünschenswert sind oder nicht, kommt es an dieser Stelle nicht an; hier ist nur hervorzuheben, daß diese Entscheidungen mit der Bestätigungstheorie nicht in Einklang zu bringen sind. Noch deutlicher zeigt sich diese Inkonsequenz, wie Oertmann [6]) richtig bemerkt, in der Entscheidung R.G.Z., Bd. 85, S. 273 ff., wo es sich noch nicht einmal um Rechtsnachfolger handelt.

Nach allen diesen Erwägungen ist die Bestätigungstheorie als widerlegt anzusehen.

---

[1]) So auch Oertmann, a. a. O., Seite 594.

[2]) Vgl. Gutbrod, S. 125.

[3]) Schreiber, S. 57 und 59, weist auf die Mängel dieser Entscheidungen hin.

[4]) Siber zu Planck, Zffr. a, Gamma, Abs. 3, zu § 313.

[5]) namentlich R.G.Z. 82/75.

[6]) a. a. O., Seite 596.

§ 5.

Die verschiedenen Meinungen: b) Die Heilung als Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit.

Unter Verwerfung der Bestätigungstheorie wird von einer Reihe von Schriftstellern[1]) die Auffassung vertreten, der nicht gerichtlich oder notariell beurkundete Grundstücksveräußerungsvertrag sei nicht nichtig, sondern nur klaglos: er begründe eine natürliche Verbindlichkeit. Diese sei gerichtet auf Uebereignung des Grundstücks, also auf Auflassung und Eintragung ins Grundbuch. Ist geleistet worden, so könne — wie bei der verjährten Forderung, der Spielschuld, dem Ehemäklerlohn —, das Geleistete nicht zurückgefordert werden.

Für diese Auffassung wird vorgebracht[2]), das Gesetz weiche bei dem formlosen Grundstückskauf von dem absoluten Nichtigkeitsprinzip[3]) des § 125 ab und lasse bei dem formlosen obligatorischen Vertrage die Heilung zu. Der nicht beurkundete Vertrag „gehört demnach zu den sog. natürlichen Verbindlichkeiten, d. h. denjenigen, die nicht klagbar sind, denen aber das Gesetz ein anderes Mittel ihrer Geltendmachung gewährt". Diese Beweisführung ist nicht stichhaltig. Sie wäre es dann, wenn es nur die drei Arten von Verbindlichkeiten gäbe: nichtige, klagbare und natürliche. Es gibt aber noch andere: die haftungslose Schuld (vgl. darüber § 6), die unwirksame (vgl. darüber § 8) u. a. m. Mit der genannten Begründung ist also die Theorie nicht zu halten. Ubbelohde[4]) verzichtet überhaupt auf eine Begründung für seine Ansicht.

Bei der Beurteilung dieser Theorie muß man zugeben, daß eine gewisse Aehnlichkeit zwischen der Heilung nach § 313, Satz 2, und der Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit besteht. Die Möglichkeit, zwangsweise die Erfüllung des nicht beurkundeten Vertrages zu betreiben, ist ebensowenig vorhanden, wie bei der verjährten Forderung, wenn jedoch der Veräußerer geleistet hat, kann er nicht mehr zurückfordern. Aber damit sind die Gemeinsamkeiten auch erschöpft.

Die dargelegte Ansicht faßt den Vertrag als Quelle einer natürlichen Verbindlichkeit auf. Danach müßte aber nicht nur der Verkäufer, sondern auch der Käufer natürlich verpflichtet sein. Dieses ist aber nach der Bestimmung des Gesetzes nicht der Fall. Vielmehr kann der Käufer den vor der Auflassung im Glauben an die Gültigkeit (weil

[1]) Ubbelohde in Iher. Jahrb. 38, S. 219; Tochtermann, S. 54; Matthias I, S. 321; Stobbe-Lehmann III, S. 152.

[2]) Tochtermann, S. 54.

[3]) Gemeint ist nicht absolutes Nichtigkeitsprinzip, sondern Prinzip der absoluten Nichtigkeit.

[4]) a. a. O.

sonst möglicherweise, § 814!) gezahlten Kaufpreis ganz sicher zurückfordern[1]). Oertmann[2]) führt mit Recht aus, daß der natürlich verpflichtete Verkäufer demnach stärker verpflichtet ist als der Käufer, der ja noch nicht einmal natürlich verpflichtet ist, — und das alles, obwohl das Gesetz doch nicht den Käufer, sondern den Verkäufer schützen will. „Das ist einfach eine rechtspolitische Unmöglichkeit."

Die Theorie ist eben damit widerlegt worden, daß sicherlich der Käufer nicht natürlich verpflichtet ist; aber auch für den Verkäufer läßt sich die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit nicht halten. Wenn nämlich Auflassung und Eintragung erfolgt sind, so kann[3]) der Verkäufer nicht nur seine Leistung nicht zurückfordern, sondern er kann jetzt auch verklagt werden auf Erfüllung aller Nebenleistungen, zu denen er sich verpflichtet hat. Bei dem natürlich Verpflichteten ist das nicht der Fall. Bei ihm wird nur „die Rückforderbarkeit ausgeschlossen, und weitere Nebenwirkungen treten nicht ein"[4]).

Nach allen diesen Ausführungen ist die Theorie als widerlegt anzusehen. Dabei sind hier nur die Gegengründe gegen die Annahme einer *natürlichen* Verbindlichkeit angegeben, nicht die Gegengründe gegen die Annahme einer *Verbindlichkeit* überhaupt. Diese darzulegen, wird im nächsten Paragraphen notwendig sein.

§ 6.

Die verschiedenen Meinungen: c) Die Heilung als Erfüllung einer haftungslosen Schuld.

Mit der Auffassung, die Heilung sei Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit, nahe verwandt ist Schreibers Lehre von der haftungslosen Schuld. Der mit Formmängeln behaftete Vertrag nach § 313 bringe eine auf Erfüllung des Vertrages gerichtete Schuld beider Parteien hervor, aber keine Haftung. Diese trete erst durch die Auflassung und Eintragung ein[5]). Das Gesetz habe gar kein Interesse daran, die Ausführung des Geschäfts zu verhindern, sondern nur daran, sie nicht zu erzwingen[6]).

Diese Ansicht geht von der sehr umstrittenen, von manchen ganz geleugneten[7]) Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung aus. Schreiber selbst stoßen hier Bedenken auf. Aber dem Bedenken, daß das Gesetz die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung geflissentlich vermieden habe, sucht er dadurch zu begegnen, daß er ausführt, diese

[1]) siehe auch Klingmüller, S. 240.
[2]) a. a. O., Seite 597.
[3]) so auch Staub, Seite 26.
[4]) Staub, a. a. O.
[5]) Schreiber, Seite 58.
[6]) Schreiber, Seite 52.
[7]) Vgl. Leonhard, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, S. 51.

Unterscheidung ergebe sich gleichwohl aus dem Gesamtsinn der Gesetzesbestimmungen, und man müsse diese immer daraufhin prüfen, ob nicht ein solcher Fall vorliege. Nach Schreibers Ansicht trifft das bei § 313 zu.

Man muß zugeben, daß ein ganz richtiger Kern der Auffassung Schreibers zugrunde liegt, nämlich, daß das Gesetz „kein Interesse daran hat, die Ausführung des Geschäfts zu verhindern, sondern nur daran, sie nicht zu erzwingen". Es fragt sich nur, ob dieser Gedanke genügt, um seine Ansicht aufrecht zu erhalten.

Schreiber begründet seine Meinung damit, daß „eine andere Auffassung nicht möglich sei", daß „seine Meinung den Willen des Gesetzes zutreffend wiedergebe", daß sie „völlig konsequent durchzuführen sei" und „im Gegensatz zur Betätigungstheorie zu brauchbaren Ergebnissen führe"[1]). Ob noch eine andere Auffassung möglich ist, wird sich später ergeben. Ob Schreibers Ansicht den Willen des Gesetzes zutreffend wiedergibt, erscheint aber noch sehr zweifelhaft. Richtig ist, daß dem nicht beurkundeten Vertrag die Erzwingbarkeit fehlt, also, wenn man bei Schreibers Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung bleibt, keine Haftung vorhanden ist. Aber kann man wirklich sagen, daß mit dem Abschluß des nicht beurkundeten Vertrages eine Schuld begründet ist? Nach der Tendenz des Gesetzes wird man die Frage verneinen müssen. Wenn jemand in weinseliger Stimmung sein Grundstück verkauft hat, so ist doch der Sinn des Gesetzes, daß er weder moralisch, noch rechtlich verpflichtet sein, sondern sich bei klarem Verstande überlegen soll, ob er erfüllen will[2]). Schreibers Ansicht würde voraussetzen, daß das Gesetz, wenn es eine rechtliche Verpflichtung anerkennt, auch für wünschenswert hält, daß sie erfüllt wird, obgleich es nicht die rechtliche Möglichkeit an die Hand gibt, die Erfüllung zu erzwingen. Schreibers Auffassung, daß das Gesetz die Erfüllung des formlosen Vertrages „als Ordnungsvorschrift positiv aufstelle", muß daher nach dem Sinn des Gesetzes abgelehnt werden. Wäre sie richtig, so wäre der formlos Verkaufende nicht nur moralisch, was man schon verneinen muß, sondern sogar rechtlich verpflichtet, zu erfüllen.

Wenn Schreiber weiter angibt, seine Ansicht führe zu brauchbaren Ergebnissen, so kommt er — wie Oertmann zutreffend ausführt —, eigentlich nur zu einer praktischen Folgerung, und diese ist noch höchst bedenklich. Schreiber folgert aus seiner Ansicht die Möglichkeit eines Annahmeverzuges. Da schon eine Schuld bestehe, so könne der Schuldner seinen Gläubiger in Annahmeverzug setzen, und so sei es möglich, zu einer Ersatzpflicht nach § 304 B.G.B. in solchen Fällen zu kommen, wo ein dringendes Bedürfnis

---

[1]) Seite 68.

[2]) Dem Sinne nach ebenso Oertmann, a. a. O., Seite 598.

für eine Entschädigung spreche. Schreiber führt folgendes Beispiel an[1]):

„Der Verkäufer eines Grundstücks hatte sich verpflichtet, vor der Auflassung für das Grundstück die Konzession zu einem Hotelbetriebe zu erwirken. Dazu war es nötig, die auf dem Grundstück befindlichen Gebäude vorher entsprechend einzurichten, und auch diese Einrichtung bildete einen Teil der Verkäuferpflichten. Wenn der Mann nun dem Vertrage entsprechend vorgeht, die baulichen Veränderungen bewirkt und dann der Käufer die Entgegennahme verweigert, dann würde er nach dem Standpunkt des RG. unweigerlich leer ausgehen. Nach dem von mir (Schreiber) vertretenen Standpunkt würde er allerdings nicht auf Entgegennahme der Auflassung klagen können, wohl aber hätte er einen Ersatzanspruch aus § 304 B.G.B., und dem kann nicht etwa entgegengehalten werden, der Gläubiger hätte ja gar keine Pflicht verletzt, indem er von dem Vertrage abging, sondern er hätte von seinem Recht Gebrauch gemacht, das ihm § 313 gewährt. Denn auch der Gläubiger eines klagbaren Anspruches verletzt keineswegs eine Pflicht, wenn er die Leistung des Schuldners nicht annimmt.“

Gegen diese Beweisführung bestehen aber doch recht erhebliche Bedenken. Es ist mit Recht dagegen geltend gemacht worden[2]), daß § 304 Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot, also einen Kausalzusammenhang zwischen dem Angebot, die Auflassung entgegenzunehmen, und der Aufwendung voraussetzt, ein solcher aber in dem vom Schreiber angeführten Beispiel nicht besteht; weiter sei der Sinn des Gesetzes, daß der Verkäufer nach dem formlosen Vertrage jederzeit die Möglichkeit haben soll, ohne Rechtsnachteile die Ausführung der Vertragsbestimmungen zu verweigern. Dem entspreche aber als Kehrseite sinngemäß eine rechtliche Freiheit des Erwerbers, die Auflassung nach Belieben entgegenzunehmen oder nicht. Ein Ersatzanspruch desjenigen, der im Hinblick auf die Uebereignung Ausgaben gehabt hat, ist also gesetzlich nicht begründet. Gutbrod[3]) weist übrigens auf den Gedanken hin, aus einer culpa in contrahendo einen Ersatzanspruch herzuleiten, lehnt aber diesen Gedanken selbst ab, allerdings mit einer Begründung, die nach dem heutigen Stande der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß nicht mehr haltbar ist: eine Ersatzpflicht wegen Verschuldens beim Vertragsschluß greife nur in ganz wenigen gesetzlichen Fällen Platz, wozu der vorliegende nicht gehöre. Aber auch heute kann man nicht auf diesem Wege zu einer Ersatzpflicht kommen. Für diejenigen, die das nachträgliche Zustandekommen eines

[1]) Seite 67, 68.
[2]) Oertmann, a. a. O., Seite 589.
[3]) Seite 106.

gültigen Vertrages verlangen, scheidet der Gedanke sofort aus; aber auch sonst muß eine Ersatzpflicht wegen Verschuldens beim Vertragsschluß abgelehnt werden. Es liegt nämlich kein schuldhaftes Verhalten der Gegenpartei vor; denn sie hat nur das getan, wozu sie gesetzlich berechtigt ist. Etwas anderes ist es, wenn sie den formungültigen Vertrag nur deshalb geschlossen hat, damit der Verkäufer Aufwendungen machen soll; dann würde ein Anspruch aus § 826 B.G.B. gegeben sein (ebenso wenn jemand — Beispiel Gutbrods[1]) — mit einem Rechtsunkundigen einen formungültigen Vertrag schließt, um das Zustandekommen eines Vertrages mit anderen Kauflustigen zu verhindern). Niemals besteht aber ein vertraglicher Anspruch[2]).

Aus allen diesen Gründen ergibt sich, daß auch Schreibers Ansicht nicht zu befriedigen vermag.

§ 7.

Die verschiedenen Ansichten: b) Heilung durch bloße Erfüllung, ohne Bestehen einer Schuld.

Während die beiden zuletzt genannten Ansichten in dem nicht beurkundeten Vertrag eine Verbindlichkeit erblicken, wird von manchen[3]) — ebenso wie von den Anhängern der Bestätigungstheorie — das Bestehen einer solchen geleugnet, die Heilung aber nicht aus dem Bestätigungscharakter der Auflassung und Eintragung, sondern aus dem Gedanken der Erfüllung hergeleitet.

Diese Auffassung ist aber schwerlich haltbar. Nach den Vorschriften des Gesetzes tritt zwar die Heilung durch Erfüllung — oder wenigstens durch Erfüllung auf Seiten des Verkäufers (allerdings auch da nur durch Auflassung und Eintragung, nicht Erfüllung des ganzen Vertrages einschließlich aller Nebenleistungen) — ein. Eine andere Frage aber ist — und darum handelt es sich hier —, ob diese Gesetzesbestimmungen auf dem Gedanken der Erfüllung beruhen. Diese Frage ist zu verneinen. Das Gesetz läßt die Heilung nicht deshalb zu, weil erfüllt ist, sondern — wie im § 3 ausgeführt worden ist —, weil mit der Erfüllung alle Zwecke erreicht sind, die das Gesetz mit der Formvorschrift des § 313, S. 1, erreichen wollte. Also nicht die Erfüllung ist das Entscheidende, sondern eine hinter der Erfüllung stehende Erwägung.

Aber auch aus anderen Gründen ist die Ansicht nicht haltbar: Wenn ein Kaufvertrag nichtig ist, so ist die Erfüllung infolge ihrer abstrakten Natur gleichwohl als solche gültig, d. h. die Rechtswirkung der Leistung selbst tritt ein;

[1]) Seite 106.

[2]) So auch Gutbrod, a. a. O.

[3]) Ebbecke im „Recht", 1911, Seite 664; ferner von Tuhr, S. 503.

der Erwerber wird Eigentümer. Dagegen hat die Leistung im allgemeinen nicht die darüber hinausgehende Wirkung, daß sie einen Mangel des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts heilt. Vielmehr besteht in dem Falle, wo das Kausalgeschäft ungültig ist, regelmäßig ein Bereicherungsanspruch nach § 812 B.G.B. Das Erfüllungsgeschäft bedarf also der Stütze durch das Kausalgeschäft. Das ist der allgemeine Rechtsgedanke. Nach der angeführten Ansicht dagegen soll das Kausalgeschäft durch das Erfüllungsgeschäft gestützt werden. Von dieser Erwägung aus muß man mit Oertmann zu dem Ergebnis kommen, daß „unmöglich ein stützbedürftiger Akt seinerseits als Stütze für die Entstehung der Schuld verwertet werden kann“ [1]).

Unter diesen Umständen muß auch diese Ansicht, wonach die Heilung aus dem Gedanken der Erfüllung abzuleiten ist, abgelehnt werden [2]).

§ 8.

Die verschiedenen Meinungen: e) Die Heilung als eine von zwei Möglichkeiten, einen gültigen Grundstücksveräußerungsvertrag abzuschließen.

Ein anderer Weg, die Heilung zu erklären, wird von Staub versucht [3]):

Es gebe zwei Arten von Grundstücksveräußerungsverträgen: formale und formlose. Wenn ein formaler Vertrag geschlossen sei, so sei die Form Geltungserfordernis. Fehlt dieses, so sei der Vertrag nichtig. Wenn aber ein Vertrag der anderen Art geschlossen sei, so sei die Form für ihn überhaupt nicht Erfordernis, sondern es müsse zum formlosen Vertrage noch Auflassung in Verbindung mit der Eintragung hinzutreten, damit der Vertrag volle Wirksamkeit äußere. Rechtsgeschäfte dieser Art seien vor Hinzutreten dieses weiteren Erfordernisses nicht nichtig, sondern nur unwirksam. Wenn man aber diese Auffassung verstehen will, muß man ausgehen von der Unterscheidung, die Staub im Anschluß an R. Leonhard [4]), Karlowa [5]) und Zitelmann [6]) macht. Es gebe drei Arten von Geschäften:

---

[1]) Oertmann, a. a. O., Seite 597.

[2]) Allerdings liegt hier die salomonische Entscheidung nahe: Die beiden Akte — das Grund- und das Erfüllungsgeschäft — stützen sich eben gegenseitig. Damit hat man aber den Boden der dargelegten Auffassung verlassen und ist dem Sinne nach auf die im § 9 zu erörternde Auffassung (die Heilung als Ergänzung eines ergänzungsbedürftigen, aber auch ergänzungsfähigen Rechtsgeschäfts) gekommen. Von dieser ist aber hier noch nicht zu sprechen.

[3]) Seite 22 ff.

[4]) Der allg. Teil des B.G.B., 1900, S. 437.

[5]) S. 116.

[6]) S. 92.

a) Nichtgeschäfte, d. h. solche, die rechtlich überhaupt nicht vorhanden seien, weil ein Errichtungserfordernis fehle (Eheabschluß ohne Standesbeamten),

b) nichtige Geschäfte, d. h. solche, die rechtlich wohl vorhanden seien[1]), aber keine rechtlichen Wirkungen äußerten und niemals geheilt werden können (Vergleich Endemanns[2]): Totgeburt),

c) unwirksame Geschäfte, d. h. solche, die jetzt noch keine Wirkungen haben, aber noch geheilt werden können[3]).

Der Vertrag nach § 313, Satz 2, sei ein Geschäft, das unter die dritte Gruppe falle. Dieses sei nicht, wie Staudinger[4]) behaupte, eine Ausnahme von § 125, sondern falle gar nicht unter diesen Paragraphen im Gegensatz zum Vertrag nach § 313, S. 1.

Diese Ansicht geht von dem richtigen Gedanken aus, daß der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag, der durch Auflassung und Eintragung gültig wird, nicht nichtig sein kann. Denn wäre er nichtig, so würde er gar keine Rechtswirkungen äußern und niemals gültig werden können.

Aber trotzdem wird sich schwerlich die Ansicht halten lassen, daß es zwei Arten von Grundstücksveräußerungsverträgen gebe, die formalen des § 313, S. 1, die unter § 125 fallen, und die formlosen des § 313, S. 2, die nicht darunter fallen[5]). Das zeigt eine ganz einfache Ueberlegung: A. hat an B. mündlich sein Grundstück verkauft. Jetzt wollen wir uns fragen, ob ein Vertrag der ersten oder der zweiten Art vorliegt. Diese Frage kann, selbst wenn man Staubs Ansicht für richtig hält, von vornherein gar nicht beantwortet werden. Nehmen wir jetzt aber an, die Parteien hätten den Vertrag geschlossen, erfahren nachher, daß ihre Vereinbarungen ungültig sind, und beabsichtigen nun, von der Auflassung und Eintragung Abstand zu nehmen. Dann könnte man allenfalls sagen, es liege ein Vertrag der ersten Art vor. Der Vertrag ist nichtig. Wie aber, wenn die Parteien eines Tages auf den Gedanken kommen, Auflassung und Eintragung doch erfolgen zu lassen? Man würde dann sagen müssen, es liege jetzt ein Vertrag der zweiten Art vor. Es ist rechtlich aber unmög-

[1]) Im Gegensatz zur Auffassung mancher Schriftsteller, z. B. Cosack, Lehrb. 1. Aufl., I, 151 f.; Bendix, S. 161.

[2]) Lehrb. 8./9. Aufl., I, S. 368.

[3]) Die Begriffe sind gegenüber Staubs Definitionen etwas abgeändert, da seine Fassung wenig brauchbar erscheint. Er bezeichnet als nichtig Geschäfte, denen Gültigkeits-, als unwirksam Geschäfte, denen Wirksamkeitserfordernisse fehlen. Aber es ist schwer, Wirksamkeits- und Gültigkeitserfordernisse deutlich zu unterscheiden.

[4]) Kommentar § 125 II.

[5]) Ebenso Oertmann, a. a. O., aber ohne Begründung.

lich, daß ein formaler dadurch zu einem formlosen wird, daß die Parteien ihre Absichten darüber, was später geschehen soll, ändern. Die ganze Unterscheidung sagt überhaupt dem Rechtsempfinden nicht zu.

Danach muß man zu dem Ergebnis kommen, daß diese Unterscheidung nicht haltbar ist, daß es vielmehr nur einen Grundstücksveräußerungsvertrag gibt, das Gesetz jedoch zwei Möglichkeiten zuläßt, wie dieser gültig zustande kommen kann. Wenn man zu dieser Erkenntnis gekommen ist, so ist die Auffassung Staubs, wie er sie darlegt, schon widerlegt.

Nun könnte man — und das tut Oertmann [1]) — auf den Gedanken kommen, die Darlegungen Staubs so aufzufassen, daß hier nur eine unglückliche Ausdrucksweise vorliegt, und die Ansicht dann folgendermaßen abzuwandeln: Nicht zwei Vertragsarten gebe es, sondern nur zwei verschiedene Abschlußformen ein und desselben Vertrages. Die rechtliche Natur dieses Vertrages sei aber so, wie Staub sie für die zweite der von ihm bezeichneten Arten annehme: der Vertrag sei nicht nichtig, sondern nur unwirksam. Die übrigen Ausführungen von Staubs Ansicht könnten dann bestehen bleiben.

Wie man zu der Ansicht Staubs in dieser abgeänderten und so von Oertmann vertretenen Form Stellung nehmen muß, wird im nächsten Paragraphen erörtert werden.

§ 9.

Die verschiedenen Meinungen: f) Die Heilung als Ergänzung eines ergänzungsbedürftigen, aber auch ergänzungsfähigen Geschäfts.

Mit der Auffassung Staubs nahe verwandt ist die Ansicht Oertmanns [2]). Er gibt selbst zu, daß er sich „weniger gegen Staubs sachliche Auffassung, als gegen seine ungeschickte Formulierung wende“. Es sei richtig, daß der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag nicht nichtig, sondern nur unwirksam sei. Das Gesetz verlange zu seinem Wirksamwerden noch das „Hinzukommen eines weiteren Tatbestandsstücks“, nämlich der dinglichen Uebereignung; aber indem es von vornherein mit dieser Möglichkeit rechne, „lehne es die schlechtsinnige Unwirksamkeit des formungültigen Vertrages eben in der Sache ab“. Das formlose Geschäft werde dadurch zu mehr als einem rechtlichen Nichts, — es erscheine als ergänzungsbedürftiges, aber auch von vornherein als ergänzungsunfähig erachtetes Tatbestandsstück [3]).

---

1) a. a. O.

2) a. a. O., Seite 598 ff.

3) Aehnlich Gutbrod, S. 115: „unfertiges Geschäft“.

Die Ansicht Oertmanns wird man danach kurz zu folgender Gleichung zusammenfassen[1]) können:

Formungültiges Grundgeschäft + (Aufl. + Eintr.) = Gültiger Vertrag.

Was gegen diese Ansicht zu sagen ist, bewegt sich auf ganz anderen Bahnen, als die Kritik der anderen Meinungen. Rein sachlich ist Oertmanns Darstellung durchaus richtig. Es liegt kein nichtiges Rechtsgeschäft vor — denn sonst würde es ja niemals geheilt werden können. Man mag es ja als „unwirksam" bezeichnen. Oertmann widerspricht sich allerdings insofern, als er erst sagt, der Vertrag sei nicht nichtig, sondern nur unwirksam, und nachher, das Gesetz lehne die Unwirksamkeit der Sache nach ab. Ganz unbedenklich ist übrigens auch die Bezeichnung „unwirksam" nicht; denn es wird da ein Rechtsbegriff gebraucht, der von vielen mit dem Begriff „nichtig" identifiziert wird. Enneccerus beispielsweise führt aus[2]), ein rechtlicher Unterschied bestehe zwischen den beiden nicht; es sei nur ein Unterschied in der Ausdrucksweise des Gesetzes, in gewissen Fällen nenne es ein Geschäft nichtig, in anderen unwirksam, aber inhaltlich bestehe kein Unterschied.

Von diesen kleinen Mängeln kann man aber noch absehen. Es ist vielmehr etwas ganz anderes gegen Oertmanns Ansicht einzuwenden: Während die anderen erörterten Meinungen wenigstens den — allerdings nicht haltbaren — Versuch machten, die Heilung unter einen der uns geläufigen Rechtsbegriffe unterzuordnen, sei es die Bestätigung oder die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit oder einer haftungslosen Schuld usw., glaubt Oertmann offenbar[3]), dasselbe zu tun. Das ist aber nicht der Fall. „Ergänzung eines ergänzungsbedürftigen Geschäfts" ist nicht wie Bestätigung usw., ein derartiger selbständiger Rechtsbegriff. Was Oertmann gibt, ist keine Erklärung, sondern eine Beschreibung, eine Darstellung. Daß Oertmann dabei auf einem ganz richtigen Wege ist, worauf im nächsten Paragraphen zurückzukommen sein wird, ist hier belanglos. Zwar kann man allenfalls eine Unterordnung unter einen Rechtsbegriff darin sehen, daß Oertmann sagt, die Heilung sei das letzte noch fehlende Tatbestandsstück des bis dahin noch unvollständigen Rechtsgeschäfts, aber das ist eine derartig weitgehende Umgrenzung, daß damit für die theoretische Erfassung wenig gewonnen ist.

---

[1]) Oertmann selbst verwahrt sich allerdings (a. a. O., S. 599) unter Berufung auf die Fassung des Gesetzes gegen die Annahme zweier gleichwertiger Tatbestandsstücke; trotzdem entspricht aber die Gleichung seiner Auffassung, wenn man bedenkt, daß er dauernd mit dem Begriff „Ergänzung" arbeitet.

[2]) § 136 C.

[3]) Vgl. a. a. O., Seite 597.

Von dieser Erwägung aus vermag auch diese Ansicht, sofern sie als „Theorie“ über die Rechtsnatur der Heilung gelten will, nicht zu befriedigen.

§ 10.

Die verschiedenen Meinungen: g) Ansicht des Verfassers.

Alle bisher aufgeführten Ansichten über die Rechtsnatur der Heilung tragen sehr viel Richtiges in sich. Aber andererseits vermag keine der Ansichten völlig zu befriedigen. Wenn sich nach dieser Feststellung die Frage erhebt, welches denn nun wirklich die rechtliche Natur der Heilung ist, dann kann man nur dadurch auf den richtigen Weg gelangen, daß man die bei der Erörterung der bisher genannten Ansichten gewonnenen Ergebnisse verwertet und die Schwächen der besprochenen Auffassungen zu vermeiden sucht.

Allen Theorien mit Ausnahme derjenigen Oertmanns ist das gemeinsam, daß sie im bürgerlichen Recht nach einem Rechtsbegriff suchen, der alle Merkmale der Heilung enthält, und dann, wenn sie einen solchen gefunden zu haben glauben, die Heilung unter diesen Begriff stellen. So wird die Heilung als Bestätigung oder als Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit oder als Erfüllung einer haftungslosen Schuld usw. angesehen.

Um von hier aus weiter zu kommen, sind zwei Erwägungen nötig:

1) *Außer den Rechtsbegriffen, unter die die genannten Theorien die Heilung zu stellen versuchen, kommt ein weiterer nicht in Frage.* Das ist eine Feststellung, die negativer Natur ist, und die daher nur dann unangreifbar ist, wenn man alle Rechtsbegriffe, die überhaupt nur in Betracht kommen könnten, daraufhin nachgeprüft hat. Das aber ist von vornherein ein aussichtsloses Beginnen; denn einen geschlossenen Katalog darüber gibt es nicht. Wenn man aber auch nur den Versuch dazu macht, dann gelangt man bald zu dem Ergebnis, daß von den uns geläufigen Rechtsbegriffen nur ganz wenige in Frage kommen können, — und das sind eben die, unter die die bisher genannten Auffassungen die Heilung einzuordnen versuchen.

2) *Unter diesen aber* — und das ist die zweite Feststellung — *vermag kein einziger einer kritischen Untersuchung standzuhalten.* Das haben die Erörterungen in den vorhergehenden Paragraphen gezeigt.

Aus diesen beiden Feststellungen folgt zwingend folgender Schluß:

Die Heilung, die ja kraft der positiven Bestimmung des § 313, Satz 2, als Rechtserscheinung nicht zu leugnen

ist, ist ein **Rechtsbegriff für sich**[1]). Eines weiteren Beweises für diesen Satz bedarf es nicht, ja, ein weiterer Beweis ist rein logisch gar nicht möglich. Er ist die zwingende Schlußfolgerung und notwendig dann richtig, wenn die Untersätze richtig sind. Das aber dürfte nach den bisherigen Erörterungen erwiesen sein.

Zur Veranschaulichung dieses Ergebnisses diene folgendes Beispiel: § 1 B.G.B. bestimmt: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt". Dementsprechend abgewandelt würde § 313, Satz 2, lauten: „Die Heilung der Formungültigkeit tritt ein mit der Vollendung der Auflassung und Eintragung". Genau so, wie die Rechtsfähigkeit ein Begriff für sich ist, ist es auch die Heilung nach § 313, Satz 2. Genau so, wie es möglich ist, die Rechtsfähigkeit mit verwandten Begriffen in Vergleich zu setzen (Geschäftsfähigkeit, Handlungsfähigkeit usw.), ist es auch bei der Heilung möglich (Bestätigung, Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit usw.). Erfolglos aber bleibt der Versuch, diese Begriffe derartig einem anderen unterzuordnen, daß sie in ihm aufgehen. Es handelt sich eben um Begriffe, die einander ausschließen oder zum mindesten teilweise ausschließen.

Allerdings besteht immer die Möglichkeit, Ueberbegriffe zu bilden, die mehrere Begriffe in sich aufnehmen. So kann man die Rechtsfähigkeit und die Geschäftsfähigkeit u. a. m. zusammenfassen unter den Begriff „rechtlich bedeutsame Fähigkeiten"; ebenso wäre es möglich, die Heilung nach § 313, S. 2, mit anderen Rechtserscheinungen (z. B. § 518 u. a. m.) zusammenzufassen und unter einen Oberbegriff zu stellen. Wenn man aber die rechtliche Natur einer Rechtserscheinung ergründen will, dann kommt es nicht darauf an, einen Ueberbegriff zu finden, der noch mehrere Unterbegriffe in sich vereinigt, sondern eben den passenden Unterbegriff.

Wenn man unter Zugrundelegung dieses Ergebnisses die Ansicht Oertmanns ins Auge faßt, die hier einstweilen beiseite gelassen war, so ergibt sich folgendes Bild: Soweit sie glaubt, neben den anderen Theorien eine Einordnung unter einen Rechtsbegriff vorzunehmen[2]), ist sie von einer falschen Vorstellung befangen. Zwar ordnet sie die Heilung unter einen Rechtsbegriff unter, aber das ist im Sinne der bisherigen Ausführungen ein Oberbegriff. Oertmann will mit seiner Ansicht zum Ausdruck bringen, daß die Heilung das letzte Glied eines Sukzessivtatbestandes ist. Diese Feststellung aber ist wenig ergiebig; denn es

---

[1]) Dasselbe meint wohl auch Grabow, S. 17, aber ohne Begründung; daß er vorher drei der Theorien zu widerlegen versucht hat, genügt jedenfalls zur Begründung nicht. Auch unterläßt es Grabow, die Folgerungen zu ziehen.

[2]) Oertmann, a. a. O., Seite 597.

lassen sich daraus nicht solche Rechtssätze ableiten, daß einem bei der Beantwortung zweifelhafter Fragen, die bei der Heilung auftauchen, wesentlich geholfen ist. Das erkennt man, wenn man in Erwägung zieht, daß es endlos viele solcher Sukzessivtatbestände gibt, z. B. das Testament, dem noch Datum und Unterschrift gefehlt haben, das Reichsgesetz, das noch nicht im Reichsgesetzblatt verkündet war u. a. m. Alles das sind „ergänzungsbedürftige, aber auch ergänzungsfähige Rechtsgeschäfte". Soweit aber Oertmann auf die Merkmale des § 313, Satz 2, näher eingeht, mögen seine Ausführungen richtig sein; er gibt es dann aber auf, die Heilung zu erklären, und befaßt sich nur noch damit, sie zu umschreiben.

Das Ergebnis aller dieser Betrachtungen bleibt das genannte: die Heilung ist eine aus rechtspolitischen Gründen geschaffene (vgl. § 3) Rechtserscheinung für sich, die zwar Gelegenheit gibt, Vergleichspunkte mit anderen zu sammeln, die aber in keinem der anderen uns geläufigen Rechtsbegriffe aufgeht. Daher sind — das ist die weitere Folgerung — sämtliche bei der Heilung auftauchenden Fragen einzig und allein nach § 313, S. 2, zu beantworten, und, soweit dieser keinen Aufschluß gibt, wie auch sonst in solchen Fällen, nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu entscheiden. Dabei mag allerdings eine nahe Verwandtschaft mit anderen Rechtserscheinungen auch einmal einen Analogieschluß rechtfertigen, aber niemals kann es sich dabei um eine unmittelbare Anwendung handeln. Wie die einzelnen Probleme der Heilung von diesem Standpunkt zu beantworten sind, wird in den späteren Paragraphen zu zeigen sein.

Wenn man nun zur Würdigung des hier gewonnenen Ergebnisses übergeht, so ist folgendes zu sagen:

Die hier vertretene Auffassung ist nicht eine neue „Theorie" in dem Sinne, daß sie wie die anderen den Versuch macht, auch einen Begriff zu finden, unter den man die Heilung nach § 313, S. 2, stellen kann. Vielmehr wird hier offen eingestanden, daß eine solche Einordnung gar nicht möglich ist und wir daher darauf verzichten müssen. Allerdings wird dadurch die Beantwortung der Probleme des § 313, S. 2, nicht erleichtert. Rechtsfragen, die die verschiedenen Theorien einfach damit lösen können, daß sie sagen: Die Heilung ist eine Bestätigung usw., und die dafür geltenden Vorschriften sind daher auf sie anzuwenden, sind hier nicht so schnell zu beantworten. Aber wie will man sie einfach mit dem Hinweis auf die Bestätigung usw. lösen, wenn man erst einmal erkannt hat, daß die Heilung nach § 313, S. 2, keine Bestätigung ist? —

Kapitel 3.

Voraussetzungen und Wirkungen der Heilung.

1. Abschnitt.

Voraussetzungen und Wirkungen der Heilung unter Ausschluß der besonders zweifelhaften Fragen.

§ 11.

Die Voraussetzungen der Heilung.

Damit eine Heilung nach § 313, S. 2, eintritt, ist viererlei erforderlich:

1) ein Grundstücksveräußerungsvertrag, der wegen Formmangels, aber nur wegen Formmangels ungültig ist,
2) eine gültige Auflassung,
3) Eintragung ins Grundbuch,
4) ein innerer Zusammenhang zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft.

Zweifelhaft ist, ob außerdem noch gewisse andere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, von denen gleich zu sprechen sein wird.

1) Erforderlich ist also zunächst, daß ein Vertrag, der nach § 313, S. 1, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, nicht in dieser Weise beurkundet worden ist. Welche Verträge unter § 313, S. 1, fallen und daher dieser Form bedürfen, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht zu erörtern[1]). Immer aber kommen für die Heilung nur solche Verträge in Frage, die nur wegen Formmangels ungültig sind, nicht auch aus anderen Gründen, also etwa wegen Wuchers oder wegen Geschäftsunfähigkeit eines der Vertragschließenden. Auf diese Art ist auch folgender bekannte Rechtsfall zu entscheiden: Die Parteien haben, um Kosten zu sparen, im beurkundeten Vertrag einen niedrige-

[1]) Es handelt sich dabei um Fragen, die teilweise sehr bestritten sind, z. B. ob ein Vertrag, durch den ein obligatorisches Vorkaufsrecht eingeräumt wird, der Form bedarf (vgl. darüber Lewandowski in Gruch. 53/572 ff.), ferner ein Vertrag, durch den ein Grundstücksveräußerungsvertrag aufgehoben wird (vgl. Seuff. Arch. 57, Nr. 207, RG.Z. 53/270), der Wandlungsvertrag über ein Grundstück (vgl. dazu Oertmann, Komm. § 313, 2 e β und die dort zitierte Literatur), u. a. m.

ren Preis angegeben, als er tatsächlich vereinbart war. Dann ist diese Vereinbarung als Scheingeschäft nichtig und wird auch nicht von der Heilung nach § 313, S. 2, ergriffen. Das verdeckte Geschäft (mit dem höheren Preis) ist wegen Formmangels nichtig, wird aber gültig, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen[1]).

2) Die zweite Voraussetzung der Heilung ist eine gültige Auflassung. Heilung würde also dann nicht eintreten, wenn aufgelassen und eingetragen ist, aber die Auflassung ein Scheingeschäft oder bedingt oder befristet und daher nichtig ist. Hierher gehört auch die Frage, ob eine Heilung auch dann eintritt, wenn bei der Auflassung die Erklärung der einen Partei durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist (§ 894 Z.P.O.). Davon wird in § 15 die Rede sein.

3) Die dritte Voraussetzung ist die Eintragung ins Grundbuch. Gegenüber den allgemeinen Vorschriften der G.B.O. über die Eintragung gelten hier keine Besonderheiten. Zweifelhaft ist aber der Fall, wenn der Richter — absichtlich oder irrtümlich — den Eigentumsübergang auf einem falschen Grundbuchblatt vermerkt hat[2]). Man könnte hier sagen, es sei zwar nicht die richtige Eintragung vorgenommen, aber immerhin sei eine Eintragung erfolgt, die den grundbuchrechtlichen Vollzug der von den Parteien erstrebten Rechtsänderung darstellen soll. Aber man muß doch folgendes bedenken: Das B.G.B. bestimmt, Heilung soll dann eintreten, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen, d. h. wenn das Grundstück übereignet ist. Das Eigentum ist aber bei einer falschen Eintragung nicht übergegangen; da die Eintragung keine Willenserklärung ist, kommen für sie, wie Gutbrod richtig ausführt[3]), die Auslegungsvorschriften des B.G.B. nicht in Frage. Man muß daher zu dem Ergebnis kommen, daß bei einer falschen Grundbucheintragung die von § 313, S. 2, verlangte Eintragung und damit ein wesentliches Tatbestandsstück der Heilung fehlt[4]). Es muß allerdings zugegeben werden, daß diese Entscheidung dem Billigkeitsempfinden nicht völlig gerecht wird, aber sie entspricht dem Gesetz.

Die dargestellte Reihenfolge der drei Voraussetzungen ist die normale. Es erhebt sich die Frage: Muß notwendig die Reihenfolge diese sein, damit Heilung eintritt? Das zeitliche Verhältnis von Auflassung und Eintragung ist von der Rechtsordnung selbst geregelt. § 20 G.B.O. bestimmt, daß die Auflassung der Eintragung vorangehen „soll“. Hier liegt also nur eine Sollvorschrift vor. Schwie-

---

[1]) So auch die h. M.

[2]) Vgl. auch Tochtermann, S. 262.

[3]) S. 113.

[4]) Im Ergebnis ebenso: Schollmeyer A 2 a, Gutbrod, S. 113; a. A. Tochtermann, S. 262, Turnau-Foerster 1900/1901, I, S. 324, Gruch., Bd. 28, S. 1102.

rig dagegen ist die Frage, ob Heilung auch in dem selteneren Falle eintritt, wenn erst aufgelassen und eingetragen und dann erst der formlose Vertrag abgeschlossen wird. Diese Frage wird in § 13 erörtert werden.

4) Als vierte Voraussetzung ist zu fordern, daß ein innerer Zusammenhang zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft besteht. Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Wenn jemand als Schenkung auf den Todesfall ein Grundstück übereignet, so ist damit nicht die Heilung eines früher einmal geschlossenen, aber nachher unbeachtet gelassenen Grundstückskaufs anzunehmen. Diesen inneren Zusammenhang wird man aber nicht als Kausalzusammenhang bezeichnen dürfen; denn die Erfüllung des Vertrages tritt nicht zwangsläufig, sondern immer nur durch ein neues Handeln der Parteien ein. Der Grundvertrag kann daher nie kausal für die Auflassung und Eintragung sein; er muß aber Motiv sein.

5) Zweifelhaft erscheint, ob man mit dem RG. eine Fortdauer der Willensübereinstimmung unter den Parteien bis zur Auflassung und Eintragung fordern und als fünfte Voraussetzung aufstellen muß. Darüber wird ausführlich in § 14 zu sprechen sein.

6) Endlich fragt sich, ob bei den Parteien auch Kenntnis der Rechtslage zu fordern ist, d. h. ob sie bei der Uebereignung wissen müssen, daß man auf Grund eines mündlichen oder nur privatschriftlichen Vertrages nicht zur Erfüllung verpflichtet ist. So, wie die Frage gestellt ist, muß man sie verneinen. Es kommt oft vor, daß die Parteien ohne Kenntnis der Rechtslage auf Grund eines formungültigen Vertrages leisten, und es können unmöglich alle diese Kaufverträge nichtig bleiben. Richtiger muß man daher fragen, ob auch dann Heilung eintritt, wenn die Parteien nur erfüllt haben, weil sie sich für verpflichtet gehalten haben, und bei Kenntnis der wahren Rechtslage nicht erfüllt hätten. Das Gesetz hat keine ausdrückliche Regelung für diesen Fall getroffen. Schreiber[1]) will — allerdings ohne nähere Begründung — diese Fälle nach § 139 entscheiden: Es liege in der Natur der Sache, daß der § 139 auch dann anzuwenden sei, wenn die Parteien der Meinung waren, einen durchsetzbaren Vertrag einzugehen. Nach dieser Ansicht müßte man die Vorstellung der Parteien, daß sie einen gültigen Vertrag eingehen, als stillschweigend vereinbart und als Teil des ganzen Vertrages ansehen. Dieser Teil ist nichtig, und danach ist der ganze Vertrag nichtig, wenn nicht etwa anzunehmen ist, daß die Parteien auch ohne diesen Teil den Vertrag abgeschlossen hätten. Danach ist also überhaupt kein Vertrag vorhanden; § 313 setzt aber einen, wenn auch formungültigen Vertrag voraus. Aber diese gekünstelte Konstruktion ist

[1]) S. 64.

wohl kaum haltbar. Wenn man einen Kaufvertrag schließt, kann man schwerlich sagen, der Vertrag bestehe aus zwei Teilen: erstens der Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung und zweitens der konkludenten Vereinbarung, daß diese Abmachungen auch gültig sein sollen. Dieses letztere ist vielmehr nicht ein Teil des Vertrages, sondern ein Gesamteindruck, eine Vorstellung, die die Parteien von ihrem Vertrage haben. Leichter würde man noch zu dem von Schreiber erstrebten Ergebnis kommen, wenn man mit den dem Gesetz zugrunde liegenden Zwecken arbeitet. Aber auch das erscheint nicht angängig. Aus der Fassung des § 313, S. 2 — und dieser ist ja allein maßgebend — ergibt sich, daß Auflassung und Eintragung eine „selbständige, rechtserzeugende“[1]) Bedeutung haben sollen. In äußersten Fällen, z. B. wenn gewissenlose Grundstücksspekulanten die Rechtsunkenntnis der Leute ausnutzen, wird man damit helfen können, daß man nach § 123 B.G.B. wegen arglistiger Täuschung ein Recht zur Anfechtung der Auflassungserklärung gewährt, so daß der Getäuschte noch ein Jahr nach Entdeckung der Täuschung, möglichenfalls noch nach 30 Jahren, den Eigentumsübergang rückgängig machen kann (§ 124 B.G.B.), sofern nicht inzwischen ein anderer gutgläubig das Grundstück erworben hat. Dann bestehen aber immer noch Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlung.

§ 12.

Die Wirkungen der Heilung.

„Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig.“ Es wird also der Mangel der Form geheilt, aber zweierlei muß deutlich betont werden:

1) nur der Mangel der Form,

2) dieser aber hinsichtlich des ganzen Vertrages.

1. Nur der Mangel der Form wird geheilt, nicht andere Mängel[2]). Das ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes: Ein ohne diese Form geschlossener Vertrag wird . . . gültig, wenn . . .

Allerdings kann unter den besonderen Umständen des Einzelfalles nach allgemeinen Bestimmungen in der Mitwirkung zur Auflassung eine Genehmigung gemäß § 108, Abs. 3, oder § 144 B.G.B. u. a. m., erblickt werden. Diese Wirkungen der Auflassung beruhen dann aber nicht auf § 313, S. 2[3]).

2. Durch Auflassung und Eintragung wird der Mangel der Form hinsichtlich des ganzen Vertrages geheilt

[1]) Gutbrod, S. 109; ebenso Oertmann, Komm. Nr. 7 c, Oberneck, S. 392, Schollmeyer, Nr. 3, Staub, S. 24, 25.

[2]) So auch allgemein die Literatur.

[3]) Vgl. oben, Seite 13.

(der Vertrag wird „seinem ganzen Inhalt" nach gültig). Daraus folgt, daß nicht nur der Uebereignende seine Leistung nicht mehr zurückfordern kann, sondern daß auch seine Forderung gegen den anderen auf Zahlung des Kaufpreises gültig wird und daß er auch auf Erfüllung aller Nebenverpflichtungen verklagt werden kann. Die Wirkungen der Heilung bedürfen in manchen Beziehungen einer genaueren Abgrenzung:

a) Grund- und Erfüllungsgeschäft müssen dasselbe Grundstück betreffen. Das ergibt sich aus dem Sinn des Gesetzes. Wenn auf Grund eines Grundstückstauschvertrages nur das eine Grundstück übereignet ist, dann bleibt die Verpflichtung zur Uebereignung des anderen ungültig [1] und nach § 139 der ganze Vertrag. Die gegenteilige Meinung[2] würde dazu führen, daß § 313, S. 1 „illusorisch" würde, das ist auch fast allgemein anerkannt. Es erhebt sich aber die Frage — und das wird in der Literatur nicht genügend beachtet —, wie die Rechtslage in der Zwischenzeit (zwischen der Uebereignung des einen Grundstücks und der des anderen) ist. Man wird hier die erste Uebereignung nicht als Leistung sine causa nach § 812, Abs. 1, S. 1, sondern als Erwartungszuwendung nach § 812, Abs. 1, S. 2, ansehen müssen. Der Leistende kann daher nicht ohne weiteres zurückfordern, sondern erst, wenn feststeht, daß der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt [3]), d. h. wenn die Gegenpartei nicht leistet. — Dem Grundstückstausch ähnlich ist der Fall, wo jemand sich zur Uebereignung mehrerer Grundstücke verpflichtet. Auch hier ist Heilung nur soweit anzunehmen, als geleistet wird[4]).

Diese Gedanken werden allgemein zusammengefaßt in dem Grundsatz der „Identität der Objekte bei Grund- und Erfüllungsgeschäft". Dieser Grundsatz ist insoweit als richtig anzuerkennen, als bei fehlender Identität eine Heilung abzulehnen ist. Es wird aber später darzulegen sein, daß in einer Reihe von Fällen gegen die h. M. trotz Identität der Objekte eine Heilung zu verneinen ist.

b) Bei Grund- und Erfüllungsgeschäft müssen dieselben Personen beteiligt sein. (Grundsatz der Identität der Subjekte bei Grund- und Erfüllungsgeschäft.) Das ergibt sich ebenfalls aus dem Sinne des § 313. Man wird aber dem RG. darin zustimmen können, wenn es eine Heilung auch in dem Falle annimmt, daß Auflassung und Eintragung unter Ueberspringung des ersten Käufers erfolgen, falls nur „die Auflassung im Einverständnis (nur dann!) der als Veräußerer und Erwerber beteiligten Personen zur Erfüllung der sämtlichen Veräußerungsgeschäfte vorgenommen

[1]) So auch die h. M.
[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht III, § 89; Rehbein, S. 163.
[3]) Vgl. Erxleben, II, S. 9.
[4]) Vgl. Planck, Nr. 3; Seuff. Arch. 58, S. 390.

wird“ [1]. Denn in diesem Falle hat die Uebereignung — wie Gutbrod richtig ausführt [2] – den Sinn einer doppelten Uebereignung: Der erste Veräußerer erfüllt seine Verpflichtungen gegenüber dem ersten Erwerber und dieser seine Verpflichtung gegenüber dem zweiten; daher ist bei beiden der Heilungstatbestand erfüllt. Anders ist zu entscheiden, wenn A. an B. und dieser an C. das Grundstück formungültig verkauft haben und A. an C. ohne Einwilligung des B. das Grundstück übereignet; denn in diesem Falle sind die Zwecke des § 313, S. 2 nicht verwirklicht.

c) Die Heilung ergreift den Formmangel hinsichtlich des ganzen Vertrages: der Vertrag wird „seinem ganzen Inhalt nach“ gültig. Danach scheint es so, als wenn alles formungültig Vereinbarte von der Heilung ergriffen wird. Nach dem Sinn des Gesetzes ist aber die Rechtslage eine ganz andere; eine Ausnahme ist ja eben schon beim Grundstückstausch behandelt. Da diese Fragen aber das schwierigste Gebiet der Heilung darstellen, scheint es zweckmäßig, diesen Fragenkomplex in einem Paragraphen für sich zu behandeln.

d) Sehr bestritten ist ferner die Frage, ob die Heilung rückwirkende Kraft hat. Auch diese bedarf einer näheren Prüfung und wird daher ebenfalls gesondert behandelt werden.

e) Da § 313, S. 2, eine Ausnahmevorschrift zu S. 1 ist, so folgt daraus, daß es eine andere Möglichkeit der Heilung nicht gibt. Man muß also nicht nur sagen: die Heilung nach § 313, S. 2, ersetzt nur die Form, sondern auch: nur die Heilung nach § 313, S. 2, ersetzt die Form. Daher würde nicht die Anordnung einer Behörde genügen, z. B. der Generalkommission im Zusammenlegungsverfahren [3].

---

1) RG.Z. 71/402, 82/346.
2) S. 113.
3) Ebenso RG.Z. 82/413.

2. Abschnitt.

Besonders zweifelhafte Fragen.

§ 13.

Heilung auch dann, wenn der formlose Grundvertrag nicht vor, sondern nach Auflassung und Eintragung abgeschlossen wird?

Meist ist es so, daß erst der formungültige Vertrag geschlossen ist und dann Auflassung und Eintragung erfolgen. Es kann aber auch umgekehrt sein. Allerdings werden Fälle dieser Art selten sein, da regelmäßig niemand leistet, ohne dazu verpflichtet zu sein. Immerhin sind solche Fälle möglich, wie die weiter unten angeführten Beispiele zeigen werden. Es fragt sich: Tritt auch dann Heilung ein? Aus sprachlichen Gründen muß hier allerdings für das Wort „Heilung" ein anderer Ausdruck gebraucht werden. Denn geheilt werden kann nur eine schon bestehende Wunde [1]. Am besten eignet sich vielleicht das Wort „ergänzen" im Sinne der in § 9 dargelegten Oertmannschen Gleichung:

Formungültiger Vertrag + (Auflassung und Eintragung) ergänzen sich zu einem gültigen Vertrag.

Die Frage dieses Paragraphen ist also folgende:

Tritt auch dann eine Ergänzung der Form ein, wenn ausnahmsweise Auflassung und Eintragung vor Abschluß des der Form des § 313, S. 1, ermangelnden Vertrages erfolgt sind?

Man könnte auf verschiedenen Wegen zu begründen versuchen, daß die Frage überflüssig sei.

1. Man könnte meinen, die Frage sei dadurch vermeidbar, daß man folgende rechtliche Konstruktion wähle: Wenn ein Grundstück übereignet ist, ohne daß ein gültiges oder auch ein nur mangels Form ungültiges Grundgeschäft geschlossen ist, so ist die Uebereignung „sine causa" erfolgt. Es ist daher ein Bereicherungsanspruch entstanden. Wenn nachher ein mündlicher Vertrag zustandekommt, so ist dieser als ein entgeltlicher Erlaß dieses Bereicherungsanspruches aufzufassen [2]). Ein solcher Erlaßvertrag (§ 397 B.G.B.) ist aber formlos gültig. — Dieser Einwurf ist dann widerlegt, wenn man Fälle nachweisen kann, wo er nicht zutrifft. Der Nachweis ist möglich. Nehmen wir folgenden Fall: A

---

[1]) Vgl. RG. in J.W. 1911, S. 320.

[2]) Das will wohl Oertmann, Komm. Erl. 7 c zu § 313, der aber die vorliegende Frage nur kurz streift.

und B stehen in Vertragsverhandlungen über den Verkauf eines Grundstücks. Noch ehe die Parteien sich geeinigt haben, wird in der — „zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemachten (§ 812, Abs. 1, S. 2)" — Erwartung, daß eine Einigung noch zustandekommen werde, das Grundstück schon aufgelassen und B eingetragen. Voraussetzung dabei ist, daß die Auflassung nicht etwa von dem Zustandekommen einer Einigung abhängig gemacht wird; denn sonst wäre sie nichtig und daher schon mangels dieser wesentlichen Voraussetzung eine „Ergänzung" nicht möglich. Es muß also bedingungslos übereignet sein.

In diesem Falle ist die Annahme eines Erlaßvertrages über den Bereicherungsanspruch rechtlich unmöglich. Die Uebereignung ist nämlich eine Erwartungszuwendung. Mit der Leistung ist nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts[1]) ein Erfolg bezweckt, und zwar die Erfüllung eines Vertrages, dessen Zustandekommen von den Parteien erhofft wird. In diesem Falle entsteht nach § 812, Abs. 1, S. 2, der Bereicherungsanspruch erst dann, wenn der bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist, m. a. W.: erst dann, wenn feststeht, daß ein Vertrag nicht zustandekommt. Wie kann aber der nachträgliche mündliche Vertrag einen Erlaß des Bereicherungsanspruchs darstellen? Der Anspruch, der durch den Vertrag erlassen werden soll, entsteht ja nur dann, wenn der Vertrag, durch den er erlassen werden soll, nicht zustandekommt. Dieser Einwand schlägt also nicht durch.

2. Weiter wäre folgende Erwägung denkbar: Wenn nachträglich eine Einigung zustandegekommen ist und A von B trotzdem unter Berufung auf die Formungültigkeit der Einigung das Grundstück mit der Bereicherungsklage zurückfordert, so würde darin ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten liegen und daher der Anspruch mit der exceptio doli generalis auszuschließen sein. Gegen diesen Einwand kann man allerdings nicht sagen, daß nach der fast allgemein herrschenden Ansicht eine Berufung auf den Formmangel nicht gegen Treu und Glauben verstößt; denn das ist nur dann richtig, wenn man erfüllen soll und sich dann auf die Formungültigkeit beruft. Hat man dagegen trotz Formungültigkeit erfüllt, und verlangt man nun unter Berufung auf die Formungültigkeit die Leistung zurück, so kann man sehr wohl anderer Meinung sein. Aber man muß folgendes sagen: Ob wirklich in diesem Falle eine exc. doli generalis gegeben ist, wird so allgemein garnicht beantwortet werden können. Dazu sind die einzelnen Fälle unter sich viel zu verschiedenartig. „Die Zulassung und Ablehnung kann," wie das RG. ganz richtig ausführt [2]).

[1]) im Gegensatz zu der Windscheidschen einseitigen Voraussetzung.

[2]) RG.Z. 85/120.

„immer nur aus den individuellen Umständen des Einzelfalles gefolgert werden, und rein theoretisch lassen sich die Grenzen überhaupt nicht ziehen.“ Außerdem ist die Einrede der Arglist immer nur dasjenige Hilfsmittel, nach dem man zu allerletzt greift.

3. Endlich läßt sich gegen die oben angegebene Frage sagen, sie sei aus folgendem Grunde überflüssig: Der nachträgliche Vertrag enthalte nicht die Verpflichtung zur Uebereignung, weil schon übereignet ist. Er falle daher gar nicht unter § 313, Satz 1. Hiergegen könnte man den Einwand geltend machen, daß das Eigentum zwar übergegangen ist, aber nur formell und sachlich nicht gerechtfertigt, und daß der nachträgliche Vertrag nun die Verpflichtung zur materiellen Uebereignung begründe. Wollte man das annehmen, so würde das bedeuten, daß der nachträgliche Vertrag einerseits die vertragsmäßige Begründung der Verpflichtung zur materiellen Uebereignung, andererseits aber zugleich die Erfüllung dieser Verbindlichkeit darstellt. Zudem wäre die Konstruktion sehr gekünstelt. Der richtige Weg wird vielmehr folgender sein: § 313, S. 1, unterwirft die Kausalgeschäfte zu Grundstücksübereignungen dem Formzwang, ganz gleich, ob sie Schenkungen, Kauf- oder Tauschgeschäfte sind, das nachträglich geschlossene Geschäft soll aber für die Uebereignung das Kausalgeschäft darstellen. Bisher war das Grundstück übereignet, ohne daß eine Verbindlichkeit dazu bestanden hätte. Diese Verpflichtung wird jetzt nachträglich geschaffen.

Diese Ausführungen zeigen, daß man nicht umhin kann, die oben angegebene Frage zu behandeln. Wie ist sie nun zu beantworten? Die Literatur deutet durch Wendungen wie „durch nachfolgende Auflassung und Eintragung geheilt“ u. a. m. an, daß sie eine Ergänzung ablehnt. Soweit sie sich aber mit den Problemen befaßt, wird die Frage nur kurz gestreift. Eine nähere Erörterung erscheint unter diesen Umständen angebracht. Die genannte Frage ist aber streng von folgender Frage zu unterscheiden, die des öfteren in der Literatur eine Behandlung gefunden hat, nämlich ob solche Abreden geheilt werden, die getroffen werden, nachdem durch Auflassung und Eintragung bereits ein nicht beurkundeter Vertrag gültig geworden ist, also vor der Auflassung und Eintragung schon ein vollständiger Vertrag vorliegt, dem nur noch die vorgeschriebene Form fehlt. In diesem Falle ist eine Ergänzung der nachträglich getroffenen Vereinbarungen zu verneinen; denn „der einmal gültig gewordene Vertrag darf nicht durch spätere Abreden in Frage gestellt werden“[1]). In dem oben angegebenen Falle ist aber überhaupt noch kein Vertrag, auch nicht ein (nur) mangels Form ungültiger,

[1]) Turnau-Foerster I, § 313, Nr. 9, Seite 325; Gutbrod, S. 119/120.

geschlossen. Wird also in diesem Falle die mangelnde Form eines später geschlossenen Vertrages durch die vorhergehende Auflassung und Eintragung „ergänzt“?

Der Wortlaut spricht mit aller Entschiedenheit gegen eine solche Ergänzung[1]). Das ergibt sich aus der ganzen Ausdrucksweise, aus den Worten „geschlossener Vertrag“ und „wird gültig“. Und doch kann man schon beim Wortlaut gewisse Bedenken haben. Daß erst der formungültige Vertrag geschlossen wird und dann erst Auflassung und Eintragung erfolgen, ist bei weitem die Regel. Ein gutes Gesetz darf aber niemals die Einzelfälle, sondern immer nur die typischen Fälle regeln, sonst würde das Gesetz nur eine kasuistische Aufzählung werden. Wenn man aber die schwerfällige und vom Standpunkt der Gesetzestechnik aus unbrauchbare Einzelaufzählung vermeiden will, dann bleibt schließlich kein anderer Wortlaut übrig, als der vom Gesetz gewählte. Wie hätte es sich anders ausdrücken sollen? Wäre für den seltenen Fall des nachträglichen Zustandekommens eines mündlichen Vertrages eine besondere Bestimmung getroffen worden, so wäre man wieder auf den alten Fehler mancher alten Gesetze zurückverfallen.

Nun muß man allerdings bis zu einem gewissen Grade Oertmann recht geben, wenn er die Auffassung vertritt, daß auch der Sinn des Gesetzes gegen eine Ergänzung spreche[2]). Aber auch hier erheben sich recht starke Bedenken. Es ist allerdings richtig, daß man bei Erlaß der Bestimmung nur den Fall der nachträglichen Auflassung und Eintragung im Auge gehabt hat, eben weil man an den anderen als den Ausnahmefall nicht gedacht hat[3]). So könnte man sich veranlaßt sehen, ein argumentum e contrario abzuleiten, nämlich in folgendem Sinn: Durch nachträgliche Auflassung und Eintragung wird die mangelnde Form ergänzt, durch vorherige nicht. Oft aber ist das argumentum e contrario „das Handwerkszeug des Buchstabenjuristen“[4]), und so muß man sich doch ernstlich überlegen, ob man nicht auch in solchen Fällen, wo der formlose Kaufabschluß nachträglich erfolgt, — allgemein oder unter gewissen Voraussetzungen — eine Ergänzung annehmen darf, dies um so mehr, als wir uns vor dem weit verbreiteten Irrtum hüten müssen, als sei der Wille des Gesetzgebers auch der Wille des Gesetzes[5]). Eine gesetzliche Bestimmung darf gegen ihren Wortlaut, aber nicht gegen ihren Sinn angewendet werden. Nun ist oben ausgeführt worden, daß der unmittelbare Sinn des § 313, S. 2, wohl gegen eine Ergänzung durch vorherige Auflas-

1) So auch Oertmann, Komm. § 313 Erl. 7c.
2) Komm., a. a. O.
3) Vgl. z. B. Mot. amtl. Ausgabe 1888, II, S. 191.
4) Reichel im Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 104, S. 36.
5) Vgl. Leonhard, Lehrb. d. bürg. Rechts 1923, S. 8.

sung und Eintragung spricht. Aber man muß noch von einem weiteren Sinn des Gesetzes sprechen und diesen nach all den Absichten bestimmen, die das Gesetz mit seinen Vorschriften erreichen will. Daher fragt sich: Unter welchen Voraussetzungen läßt sich sagen, daß die Annahme einer Ergänzung durch vorherige Auflassung und Eintragung zwar nicht unter den Wortlaut, aber noch unter den Sinn des Gesetzes fällt, und zwar den Sinn in dem weiten eben beschriebenen Umfang. Zur Beantwortung dieser Fragen sind die Zwecke, die das Gesetz erreichen will, heranzuziehen (siehe dazu oben § 3). Es erstrebt den Schutz der kleinen Bevölkerung gegen leichtsinnige Grundstücksverkäufe; aber es glaubt, die Heilung eines formungültigen Grundgeschäfts unbedenklich annehmen zu können, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen, da die Förmlichkeiten dabei noch weitgehender sind als bei der öffentlichen Beurkundung, und die Parteien doch deutlich gezeigt haben, daß sie ernsthaft das Geschäft wollen.

Ist aber dasselbe auch erreicht, wenn der Kaufabschluß erst nachträglich zustandekommt und demnach die weitgehenden Förmlichkeiten der Auflassung und Eintragung vorher vorgenommen sind? Diese Frage ist nicht allgemein zu bejahen, sondern man wird zwei Gruppen von Fällen unterscheiden müssen:

Bei der einen Gruppe ist nicht im Hinblick auf einen bevorstehenden Kaufabschluß übereignet worden, sondern aus einem anderen Grunde, z. B. wenn der Leistende ein Schenkungsversprechen oder ein Vermächtnis usw. erfüllen wollte, von dem sich aber nachher herausstellt, daß es garnicht besteht, und nun schließen die Parteien [1]) einen formlosen Kaufvertrag über das Grundstück ab, um der sine causa erfolgten Uebereignung einen Rechtsgrund zu verschaffen. Hier ist die Absicht des Gesetzes nicht voll verwirklicht. Die Leute soll der freie Entschluß dazu treiben, zum Richter oder Notar zu gehen, um die Auflassung zu erklären; denn damit zeigen sie den ernsthaften Vertragswillen (den ernsthaften Uebereignungswillen haben sie ja auch in dem angeführten Falle). Wenn dagegen die Uebereignung zur Erfüllung eines angeblichen Vermächtnisses erfolgt ist, so ist sie vielleicht sehr ungern und nur unter dem lästigen Gefühl des Zwanges vorgenommen.

Ganz anders liegen die Verhältnisse in den Fällen — und das ist die zweite Gruppe —, wo im Hinblick auf den Abschluß eines erwarteten bevorstehenden Kaufgeschäftes übereignet worden ist. Hier ist sogar noch eine größere Entschlußkraft erforderlich, zum Richter oder Notar zu gehen; denn es ist nicht üblich, zu leisten, ohne daß man dazu verpflichtet ist.

---

[1]) vielleicht am Biertisch.

Weiter wird als Grund der strengen Formvorschrift des § 313, S. 1, die „Rücksicht auf die wirtschaftliche und soziale Bedeutung des Grundeigentums“ angeführt [1]. Wenn man aber dazu den Satz 2 vergleicht, so bestehen gegenüber den hier erörterten Fragen keine Abweichungen.

Für die Bestimmung des § 313, S. 2, ist ferner der Gedanke maßgebend gewesen, daß das Grundeigentum nicht 30 Jahre lang durch einen Bereicherungsanspruch gefährdet sein dürfe [2]. Derselbe Gedanke sollte aber auch dann gelten, wenn das Geschäft erst nachträglich geschlossen wird, aber eben doch zustandekommt.

Diese Erwägungen führen dazu, daß § 313, S. 2, — und wenn nicht unmittelbar, so doch mindestens entsprechend —, auch dann anzuwenden ist, wenn Auflassung und Eintragung dem formlosen Geschäft vorangegangen sind, aber nicht immer, sondern nur dann, wenn diese Auflassung und Eintragung im Hinblick auf eine erwartete spätere vertragliche Einigung der Parteien erfolgt sind, weil nur dann die Absichten des Gesetzes voll verwirklicht sind. Aber — und damit schließt sich die Kette vollständig — nur in diesem Falle ist die Annahme einer Heilung möglich und erforderlich; möglich: denn sonst fehlt die im § 11 genannte vierte Voraussetzung eines inneren Zusammenhanges zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft, erforderlich: denn in den anderen Fällen — dabei wird auf etwas zurückgegriffen, was schon oben ausgeführt worden ist —, ist die Konstruktion eines Erlaßvertrages möglich, der ja keiner Form bedarf. Hieraus aber ergibt sich ein neuer Billigkeitsgrund für die hier getroffene Entscheidung. Wenn Auflassung und Eintragung vielleicht unter dem lästigen Zwange eines angeblichen Vermächtnisses vorgenommen sind und nachher mündlich ein Kaufvertrag geschlossen ist, dann ist er (nämlich mit Hilfe der Konstruktion eines entgeltlichen Erlaßvertrages) gültig. Wenn man sich aber aus freiwilliger Entschlußkraft den Mühen und Kosten der Auflassung und Eintragung unterzogen hat, dann sollte er — da hier, wie dargelegt, die Konstruktion eines Erlaßvertrages nicht möglich ist —, ungültig sein, nämlich deshalb, weil man eine Heilung ablehnt? Weiter muß man sich auch fragen, ob es einen so wesentlichen Unterschied machen soll, ob das Grundgeschäft zehn Minuten vor der Auflassung oder — vielleicht mit Rücksicht auf die Geschäftsstunden des Gerichts — zehn Minuten nach der Auflassung fertig geworden ist. Dieses Beispiel zeigt, daß das oben Gesagte auch dann gelten muß, wenn das formlose Geschäft zwischen Auflassung und Eintragung abgeschlossen ist.

Und doch bleiben noch recht erhebliche Bedenken.

---

[1]) siehe oben Seite 8.
[2]) siehe oben Seite 9.

Einmal solche geschichtlicher Natur. Es ist schon gesagt [1]), daß die Bestimmung des § 313, S. 2, auf das Eigentumserwerbsgesetz von 1872 zurückgeht; die Fassung dieses Gesetzes zeigt deutlich, daß eine Ergänzung nur bei nachfolgender Auflassung eintreten soll. Danach würde die Geschichte gegen die hier vertretene Ansicht sprechen. Wenn man aber immer nur geschichtlichen Gedankengängen folgt, dann wird das Rechtsleben starr und unbiegsam. Freiere Regungen würden oft unterdrückt werden, wenn nicht etwa der Verlauf der geschichtlichen Entwicklung selbst die Tendenz zu einer freieren Gestaltung zeigt. Bei einer so kurzen Geschichte wie der des § 313, S. 2, ist aber eine bestimmtere Tendenz noch nicht erkennbar. Aus diesen Erwägungen darf man der Geschichte keinen entscheidenden Einfluß einräumen.

Schwerwiegender sind folgende Einwände: Die Rechtsordnung selbst scheint zum Ausdruck zu bringen, daß sie das Ergebnis der bisherigen Betrachtungen nicht billigt. Nach § 98 der G.B.O. kann durch das Landesrecht bestimmt werden, daß Auflassung und Eintragung erst erfolgen sollen, wenn eine Urkunde über das abgeschlossene Grundgeschäft vorgelegt wird. Man muß zugeben, daß diese Vorschrift der oben gegebenen Entscheidung nicht günstig ist und doch darf auch das nicht entscheidend sein. Man muß nämlich bedenken, daß die Bestimmung der G.B.O. der Heilung überhaupt nicht günstig ist. Praktisch wird ja auch durch eine solche Vorschrift des Landesrechts der § 313, S. 2 beseitigt.

Ein weiterer Einwand! Im Schuldrecht gilt der Grundsatz der Formfreiheit. § 313, S, 1, bildet eine Ausnahme von diesem Grundsatz. § 313, S. 2, wiederum stellt eine Ausnahme von dem Formzwang des Satz 1 dar. Es wird nun fast allgemein die Auffassung vertreten, daß solche Ausnahmevorschriften „streng und nicht extensiv zu interpretieren“ [2]) sind. Aber in dieser allgemeinen Form ist diese Ansicht nicht für richtig zu halten. Sie führt zu einem rein mechanischen Vorgehen. Statt dessen ist in jedem einzelnen Falle genau der Sinn der Formvorschrift und der Ausnahme von der Formvorschrift zu prüfen. Nur so wird die Handhabung gerecht sein und dem Sinne des Gesetzes entsprechen. Oben ist aber dargelegt worden, daß nach dem tieferen Sinn des Gesetzes eine Ergänzung der Form auch bei vorhergehender Auflassung und Eintragung unter den bestimmten Voraussetzungen angenommen werden muß.

---

[1]) oben § 2.

[2]) Gutbrod, S. 85.

Endlich kann man der hier dargelegten Auffassung mit der Frage entgegentreten, wann denn der Vertrag endgültig geschlossen sein soll; denn in dem Regelfall der nachfolgenden Auflassung und Eintragung bildet die Auflassung den scharfen Abschluß. Aber auch dieser Einwand greift nicht durch. Man muß bedenken, daß auch in dem Regelfall der Heilung oft sehr schwer zu sagen ist, ob eine Vereinbarung noch als Inhalt des Vertrages angesehen werden kann. Im übrigen bleibt es eine Frage richterlichen Ermessens, wann die Parteien den Vertragsabschluß erreicht haben und was noch nachträgliche neue Vereinbarungen sind. Darin liegt auch keineswegs ein zu großes Zugeständnis an den Richter. Man vergleiche damit die Feststellung, was Treu und Glauben entspricht (§ 242). Und dann sind doch Fälle der hier geschilderten Art selten, und wenn sie vorkommen, werden die nicht immer vor den Richter zur Entscheidung kommen. Endlich läßt sich nicht sagen, daß durch die hier getroffene Entscheidung die Absicht des Gesetzes vereitelt werde, daß durch Mitwirkung eines Richters oder Notars ein klarer Vertragsinhalt festgestellt werde; denn diese Absicht ist durch § 313, S. 2, sowieso schon vereitelt [1]).

Nachdem alle diese Einwände auf ihre Tragweite geprüft sind, wird man doch an dem hier gewonnenen Ergebnis festhalten müssen, das noch einmal kurz zusammenzufassen ist.

Die Fälle, wo erst Auflassung und Eintragung erfolgt sind und nachher ohne die Form des § 313, S. 1, ein Grundstücksveräußerungsvertrag abgeschlossen ist, sind nicht gleichmäßig zu behandeln. Wenn Auflassung und Eintragung im Hinblick auf einen erwarteten späteren Geschäftsabschluß erfolgt sind, und diese Erwartung zum Gegenstand der Vereinbarungen gemacht ist, dann ist eine Ergänzung der mangelnden Form anzunehmen. In allen anderen Fällen ist eine Ergänzung, weil eine ihrer Voraussetzungen fehlt [2]), abzulehnen. Hier ist aber trotzdem die formlose Vereinbarung gültig, nicht aber, weil die Form ergänzt wird, sondern weil der Vertrag als ein formlos gültiger Erlaßvertrag angesehen werden kann.

Die Fälle, in denen der Vertrag z w i s c h e n Auflassung und Eintragung zustande kommt, sind ebenso zu behandeln, nicht aber diejenigen, wo zurzeit der Auflassung bereits ein vollständiger Vertrag vorliegt und nun noch nach der Auflassung neue Abreden getroffen werden.

---

[1]) Vgl. oben Seite 9.

[2]) nämlich der innere Zusammenhang, vgl. oben § 11.

§ 14.

Ist zur Heilung Fortdauer der Willensübereinstimmung erforderlich?

Die h. M. [1]) verlangt [2]) für jede einzelne Vereinbarung zu ihrer Heilung „Fortdauer der Willensübereinstimmung unter den Parteien" (Fassung a der h. M.). Der Gedanke wird nicht immer in dieser Form zum Ausdruck gebracht. Vielfach wird auch folgende Fassung gebraucht: „Eine Vereinbarung wird nur dann geheilt, wenn über sie unter den Parteien zurzeit der Auflassung Willensübereinstimmung besteht." (Fassung b der h. M.) Im Ergebnis soll dieser Auffassung nicht widersprochen werden; aber die Fassungen sind beide unglücklich und irreführend, und zwar in mehrfacher Hinsicht:

1. Wenn nach Abschluß eines mündlichen Vertrages, in dem zwei Parteien einen Grundstückskauf zu einem Preise von 50 000 RM. vereinbaren, der Verkäufer einen höheren Preis, der Käufer einen geringeren will, beide aber, ohne ihre Willensänderung irgendwie zum Ausdruck zu bringen, auflassen und darauf die Eintragung erfolgt, dann wird auch nach der h. M. der alte Vertrag in unveränderter Form gültig; nach der Ausdrucksweise der h. M. sollte man das nicht annehmen; denn es besteht unter den Parteien keine Fortdauer der Willensübereinstimmung, auch ist zurzeit der Auflassung unter ihnen Willensübereinstimmung nicht vorhanden. Wenn auch sehr oft Ausdrücke wie „Sinnesänderung" gebraucht werden, so wird doch schwerlich jemand „den Käufer damit hören, daß er nachher die innere Absicht hatte, nur die Hälfte zu zahlen" [3]). Also nicht auf die Willensübereinstimmung, sondern auf die Erklärungsübereinstimmung kommt es an, und das gilt für beide Fassungen. Im Grunde beruhen sie beide auf der bekannten Verwechselung von Wille und Erklärung (von innerem Willen und erklärtem Willen).

2. Beide Fassungen der h. M. sollen der Ausdruck desselben Gedankens sein. Daß das in Wirklichkeit nicht der Fall ist, mag folgendes Beispiel zeigen:

Wenn A. und B. bei Abschluß des mündlichen Grundstückskaufes als Kaufpreis die Summe von 50 000 RM. vereinbaren, später aber (jedoch v o r der Auflassung) sich einigen, daß der Preis nur 40 000 RM. betragen solle, dann wird durch Auflassung und Eintragung der Vertrag mit der Vereinbarung von 40 000 RM. gültig, und zwar nach allgemeiner Ansicht. Geht man nun auf die beiden

[1]) auch das RG. in ständiger Rechtsprechung.

[2]) allerdings nicht, ohne Widerspruch zu erfahren, vgl. Schreiber in seinem Buche „Schuld und Haftung".

[3]) J.W. 1922, S. 186.

Fassungen der h. M. ein, so ergibt sich, daß bezüglich der Vereinbarung des Preises von 40 000 RM. eine Willensübereinstimmung (gemeint ist nach den Ausführungen unter 1: Erklärungsübereinstimmung) besteht; dagegen ist hier die Fassung „Fortdauer der Willensübereinstimmung" (d. h. der Erklärungsübereinstimmung) so unangebracht, wie nur möglich, und trotzdem wird — mit Recht — eine Heilung angenommen. Diese letztere Fassung kann allenfalls [1]) für die alte Vereinbarung von 50 000 RM. gebraucht werden, indem man eine Heilung dieser Vereinbarung ablehnt, weil über sie keine Fortdauer der Erklärungsübereinstimmung vorliegt. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß die beiden Fassungen der h. M. sich inhaltlich nicht decken.

3. Beide Fassungen erwecken den Eindruck, als müsse man außer den vier in § 11 genannten Voraussetzungen der Heilung noch eine fünfte verlangen, nämlich (Fassung a) eine Fortdauer der Willens- bzw. Erklärungsübereinstimmung bis zur Auflassung oder — in der anderen Fassung (b) — eine Willens- bzw. Erklärungsübereinstimmung unter den Parteien zurzeit der Auflassung. Ob eine solche notwendig ist, ist nach den Ausführungen in § 10 allein nach § 313, S. 2, zu entscheiden. Der Wortlaut sagt von einer solchen fünften Voraussetzung nichts. Danach müßte man zunächst annehmen, daß sie nicht erforderlich ist. Infolgedessen ist es ganz unbefriedigend, wenn manche Schriftsteller [2]) sich damit begnügen, zu sagen, „selbstredend" sei eine Willensübereinstimmung erforderlich.

Um die Frage befriedigend lösen zu können, muß man sich darüber klar sein, um was für Fälle es sich hier handelt. Wenn die Parteien einen formungültigen Grundstücksveräußerungsvertrag geschlossen haben, und keine der Parteien von ihren Erklärungen abgegangen ist, so tritt Heilung ein. Das ist ziemlich allgemein anerkannt trotz des unglücklichen Ausdrucks „Willensübereinstimmung". Alle übrigen Fälle sind in zwei Gruppen einzuordnen:

a) Entweder ändern die Parteien durch übereinstimmende Erklärungen ihre früheren Erklärungen ab (s. oben, Beispiel unter 2). Dann wird die neue Vereinbarung geheilt. Hier hat man aber die Annahme einer fünften Voraussetzung nicht nötig; denn die alte Vereinbarung kann nicht geheilt werden, weil sie nicht mehr Inhalt des Vertrages ist, und das wäre zu einer Heilung erforderlich (Voraussetzung 1 in § 11), die neue Verein-

---

[1]) warum auch dann nicht, wird sich noch ergeben.

[2]) Vgl. Gutbrod, S. 121.

barung aber wird von der Heilung ergriffen; denn sie ist durch den Abänderungsvertrag Inhalt des ursprünglichen Vertrages geworden, und dieser wird ja „seinem ganzen Inhalt nach“ gültig. Hier hat man also die Annahme einer fünften Voraussetzung garnicht nötig.

b) Oder eine Partei ändert einseitig ihre früheren Erklärungen, wozu auch der Fall zu rechnen ist, daß zwar beide Parteien dieselbe Erklärung widerrufen, aber nicht übereinstimmend. Hier muß man sich jedoch klar darüber sein, daß auch in zahlreichen der hierher gehörenden Fälle die Frage nach der fünften Voraussetzung nicht aufgeworfen zu werden braucht, weil sie durch eine andere rechtliche Betrachtungsweise einfach gelöst werden können. Die folgenden Ausführungen mögen in dieser Richtung einige Fingerzeige geben. Wenn nach Vertragsabschluß eine Partei eine Willensänderung zum Ausdruck bringt, trotzdem aber zur Auflassung mitwirkt, wird darin oft ein Verzicht auf die Aenderung erblickt werden können[1]). Hat sie aber auch bei der Auflassung ihre Willensänderung erklärt und die andere Partei sich nicht dazu geäußert, so wird darin bei dieser eine Zustimmung zu der Aenderung gesehen werden können. Wenn aber die andere Partei der geäußerten Willensänderung widerspricht, dann wird meistens die Auflassung nicht zustandekommen. Die Frage nach der Notwendigkeit der fünften Voraussetzung wird daher namentlich in zwei Fällen praktisch: 1) wenn es sich nur um unwichtige Abreden handelt, und 2) wenn nicht beide Parteien bei der Auflassung mitwirkten, sondern die Erklärung der einen durch Urteil ersetzt wird[2]). Auch hier scheiden manche Fälle aus, z. B. wird unter Umständen im Unterlassen der Einlegung eines Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil eine Zustimmung erblickt werden können[3]). Nur in den danach noch übrig bleibenden Fällen ist die Frage aufzuwerfen, ob als fünfte Voraussetzung zur Heilung einer Vereinbarung nötig ist, daß zwischen Abschluß des Vertrages und der Auflassung von keiner Partei ein einseitiger Widerruf erfolgt ist. Die Billigkeit spricht in erheblichem Maße dafür, daß in diesen Fällen keine Heilung der Vereinbarung eintritt; namentlich im Falle der Zwangsauflassung. denn die Partei hat deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sie mit dem abgeschlossenen Vertrage nicht einverstanden ist, den sie vielleicht am Biertisch eingegangen ist, und durch Zwangsauflassung und Eintragung sollen ihre Erklärungen doch gültig werden?

---

1) Vgl. RG.Z. 54/109.

2) Vgl. darüber § 15.

3) Die Praxis geht — nicht speziell in dem vorliegenden Falle, sondern allgemein — sehr weit darin, im Unterlassen der Einlegung eines Einspruchs auch in materieller Hinsicht einen Verzicht auf die verschiedensten Rechtsbehelfe zu erblicken.

Aber auch in diesen Fällen kann man zu einer dem Rechtsempfinden entsprechenden Entscheidung gelangen, ohne die genannte fünfte Voraussetzung verlangen zu müssen, und zwar auf folgende Weise: Eine vertragliche Vereinbarung kann nicht einseitig wieder aufgehoben werden, sondern es ist dazu ein neuer Vertrag erforderlich. Aber die Wirksamkeit dieses Rechtssatzes kann nur für gültige Verträge anerkannt werden. Bei ungültigen Verträgen kommt man in der Regel garnicht in Verlegenheit, sich die Frage vorlegen zu müssen, ob zu einer Aenderung der ungültigen Vereinbarungen ein neuer Vertrag notwendig ist oder nicht. Bei § 313 liegt eine Ausnahme vor. Hier ist aber der Rechtssatz aus folgenden Erwägungen nicht anzuwenden: Der Grund dafür, daß die Aufhebung eines Vertrages nur durch Abschluß eines neuen Vertrages und nicht durch einseitige Erklärung möglich ist, liegt in der Bindung durch eine entsprechende Erklärung der Gegenpartei. Bei dem nicht beurkundeten Grundstückskaufvertrag besteht eine solche Bindung infolge der Ungültigkeit nicht, und sie daraus abzuleiten, daß der Vertrag noch unter Umständen gültig werden k a n n, ist nicht gerechtfertigt, da einstweilen nur die Möglichkeit und nichts mehr besteht.

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen in diesem Paragraphen ist folgendes:

Die Ansicht der h. M., daß die Heilung einer Vereinbarung Willensübereinstimmung unter den Parteien zurzeit der Auflassung oder Fortdauer der Willensübereinstimmung bis zur Auflassung nötig ist, ist sachlich richtig, aber die Fassung ist in mehrfacher Hinsicht irreführend und daher unbrauchbar. Vielmehr ist der Gedanke besser dahin zu fassen: Einseitiger Widerruf einer Vereinbarung verhindert deren Heilung[1]). Aber wir sind nicht genötigt, von diesem Satz aus zu der Aufstellung einer fünften Voraussetzung zu gelangen, sondern nur dazu, die erste der vier Voraussetzungen näher zu präzisieren, und zwar in folgender Weise:

Für die Heilung sind nur die in § 11 genannten vier Voraussetzungen erforderlich. Bei jeder Vereinbarung, bei der man sich die Frage vorlegt, ob sie von der Heilung ergriffen wird, muß man prüfen, ob sie zurzeit der Auflassung noch Inhalt des Vertrages war. Das ist dann nicht der Fall, wenn sie v e r t r a g l i c h aufgehoben ist, aber auch dann nicht, wenn sie vor der Auflassung nur von einer Partei widerrufen ist. Wird der Vertrag geändert, dann ist diese Aenderung Inhalt des Vertrages

[1]) Auch diese Fassung findet sich in der Literatur, z. B. Grabow, S. 49; vgl. RG.Z. 52/4,5, 54/109. Ihr kann unbedenklich zugestimmt werden.

und wird von der Heilung ergriffen. Bei einem einseitigen Widerruf wird der Vertrag, soweit er widerrufen ist, nicht geheilt; ob dadurch der ganze Vertrag ungeheilt bleibt, bestimmt sich nach § 139 B.G.B. Unter Umständen kann aber in dem späteren Verhalten der widerrufenden Partei ein Verzicht auf den Widerruf oder in dem Verhalten der anderen Partei eine Zustimmung zu der Aenderung erblickt werden.

Die bisherigen Ausführungen gelten aber nur für den Fall, daß vor der Auflassung eine Willensänderung erklärt ist; geschieht dieses dagegen erst nach der Auflassung, so ist der Erklärung keine Wirksamkeit zuzumessen; denn in der Zeit nach der Auflassung sind die Parteien nach § 873, Abs. 2, an ihre Erklärungen gebunden. Diese Bindung bedeutet aber, wie auch Grabow[1]) richtig ausführt, nicht, daß die Parteien an den obligatorischen Vertrag im Sinne eines „Verpflichtetseins" gebunden sind, sondern nur im Sinne eines „Nicht-widerrufen-könnens"[2]). Auf diese Weise bleibt auch die Bestimmung des § 313, S. 2, gewahrt, nach der erst durch Auflassung und Eintragung Heilung eintritt. Der Einwand Schreibers, daß die hier vertretene Auffassung nicht mit dem Gesetz vereinbar sei, ist also nicht als richtig anzuerkennen.

§ 15.

Tritt Heilung auch dann ein, wenn bei der Auflassung die Erklärung der einen Partei durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist (§ 894 Z.P.O.)?

Man könnte meinen, daß ein Ersatz der Auflassungserklärung einer Partei durch rechtskräftiges Urteil garnicht möglich sei, weil mangels eines gültigen Vertrages die Grundlage zu einer solchen Verurteilung fehle. Es ist aber zutreffend darauf hingewiesen worden[3]), daß dieses nicht der Fall ist, man denke nur an die Möglichkeit eines Versäumnisurteils[4]). Soll auch in solchen Fällen Heilung eintreten? In der Literatur wird die Frage z. T. mit „selbstverständlich" bejaht oder verneint[5]). Das sind aber keine Begründungen.

Nach § 894 Z.P.O. wird regelmäßig durch das rechtskräftige Urteil die Willenserklärung in vollem Umfange

---

[1]) S. 45.

[2]) Wolff, Sachenrecht, § 38 IV.

[3]) Gutbrod, S. 124; Staub, S. 31.

[4]) z. B. folgender von Staub, a. a. O., angeführter Fall: Jemand hat zwar notariell sein Grundstück verkauft, aber der Vertrag ist nur zum Teil beurkundet worden, so daß nach § 139 möglicherweise der ganze Vertrag ungültig ist. Der Gegner erlangt aber auf Grund der vorgelegten Urkunde ein Versäumnisurteil.

[5]) verneint von Kracht, S. 54, bejaht von Gutbrod, S. 124.

ersetzt, d. h. es treten in jeder Hinsicht alle Wirkungen ein, die die rechtsgeschäftliche Erklärung haben würde. Wenn man nun der Uebereignung mit Zwangsauflassung die heilende Wirkung versagen wollte, dann wäre das juristisch nur so möglich, daß man § 313, S. 2, als lex specialis zu § 894 Z.P.O. aufzufassen hat, und es fragt sich, ob das der Fall ist. Der Wortlaut des § 313, S. 2, äußert sich zu der Frage nicht. Man kann allerdings sagen[1]): Weil er Auflassung und Eintragung verlangt, ohne auf die verschiedenen Möglichkeiten der Auflassung einzugehen, hält es das Gesetz für gleichgültig, auf welche Weise die Auflassung zustandekommt. Aber der Wortlaut allein ist nicht entscheidend, sondern es kommt vielmehr auf den Sinn des Gesetzes an. Aber auch dieser gibt keine eindeutige Entscheidung. Auf der einen Seite kann man sagen: Das Gesetz will für Grundstücksveräußerungsgeschäfte eine strenge Form, damit der Veräußernde zu einer reiflichen Ueberlegung gezwungen wird. In den Fällen, die zu einer Zwangsauflassung führen können, ist aber immer erforderlich, daß mindestens die Verpflichtung des Veräußernden zur Uebereignung beurkundet ist; denn sonst fehlt die Grundlage für ein Versäumnisurteil. Man kann aber ebenso auch umgekehrt vorgehen: Das Gesetz bringt in § 313, S. 1, zum Ausdruck, daß die bloße Beurkundung der Verpflichtung des Veräußernden nicht genügen soll, sondern daß entweder durch einen neuen, formgültig abgeschlossenen Vertrag oder anderenfalls durch eine freiwillige Erfüllung der Verpflichtung der Veräußernde zu einer reiflichen Ueberlegung veranlaßt werden soll. Wenn auch diese Beweisführung reichlich formal ist, so zeigt sie doch, daß es schon von diesem Standpunkt aus nicht ganz unbedenklich ist, wenn Staub die Annahme einer lex specialis mit der Begründung ablehnt[2]),

„der Geist des Gesetzes gehe dahin, daß die Parteien, die ja den ernsthaften Erfüllungswillen durch Beurkundung der Hauptpunkte gezeigt hätten, wenn überhaupt, dann ganz erfüllen wollen".

Jedenfalls läßt sich diese Begründung aus § 313, S. 2, nicht entnehmen; denn dieser erfordert nicht nur das „Erfüllen-Wollen", sondern das wirkliche „Erfüllen". Dagegen geht aus § 313, S. 1, hervor, daß selbst das durch beurkundeten Vertrag zum Ausdruck gebrachte „Erfüllen-Wollen" nur dann genügen soll, wenn der Vertrag vollständig beurkundet ist. Staubs Begründung hat aber noch einen anderen Mangel: Es ist durchaus möglich, daß ein Versäumnisurteil auf Grund eines beurkundeten Vertrages ergeht, der noch nicht einmal die Hauptpunkte enthält. Als Beispiel diene folgender Fall: A. verpflichtet

[1]) so inhaltlich Staub, S. 31.
[2]) S. 33.

sich, dem B. sein Grundstück zu übereignen. B. verpflichtet sich, dem A. auf eine Reihe von Jahren kostenlos die in dem Hause befindlichen Geschäftsräume zum Gebrauch zu überlassen und außerdem dem A. auf zehn Jahre ein Wiederkaufsrecht einzuräumen. Daneben wird noch die Zahlung einer verhältnismäßig geringen Geldsumme vereinbart. In dem notariellen Vertrag wird nur die Verpflichtung des A. zur Uebereignung und die des B. zur Zahlung der Geldsumme aufgenommen, die im Verhältnis zu den anderen Verpflichtungen nur eine ganz untergeordnete Bedeutung hat. Für ein Versäumnisurteil ist dieser Vertrag ausreichend, obwohl nicht die Hauptpunkte beurkundet sind, ja es kann sein, daß gerade in den Hauptpunkten eine Einigung noch nicht vorliegt und die Parteien in der Absicht späterer Ergänzung einstweilen nur die angegebenen Punkte beurkundet haben. Staubs Begründung mag also für die meisten Fälle zutreffen, aber dazu, generell die Annahme einer lex specialis abzulehnen, genügt sie nicht. Trotzdem wird ihm im Ergebnis zugestimmt, aber mit einer anderen Begründung:

§ 894 Z.P.O. hat allgemeine Geltung und ist sonst nirgends durchbrochen. Unter diesen Umständen müßte man an § 313, S. 2, ganz erhebliche Anforderungen stellen, wenn man ihn als lex specialis zu § 894 Z.P.O. ansehen wollte. Diese Anforderungen aber erfüllt er nicht. Der Wortlaut spricht eher dagegen, aber auch der Sinn gibt keinen genügenden Anhalt; vielmehr treffen für die meisten Fälle Staubs Ausführungen zu, daß auch der Sinn des Gesetzes dahin geht, die Heilungswirkungen auch im Falle der Zwangsauflassung eintreten zu lassen. Endlich ist der § 313, S. 2, garnicht speziell auf die Fragen des § 894 Z.P.O. zugeschnitten, was man bei der allgemeinen Geltung des § 894 Z.P.O. zur Annahme einer lex specialis doch fordern müßte.

Danach ist also auch dann eine Heilung anzunehmen, wenn die Erklärung einer Partei nach § 894 Z.P.O. durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist. Für solche Fälle wird das im vorigen Paragraphen Ausgeführte von besonderer Bedeutung:

Wenn beide Parteien freiwillig ihre Auflassungserklärungen abgeben, so kann eine Partei das Gültigwerden der früheren Abreden schon dadurch verhindern, daß sie ihre Mitwirkung zur Auflassung verweigert. Das kommt aber bei Ersatz der Erklärung durch Urteil nicht in Frage, und gerade hier ist es von besonderer Wichtigkeit, daß die Heilung einer Abrede trotz Auflassung und Eintragung dann nicht eintritt, wenn eine Partei vor der Auflassung deutlich zum Ausdruck gebracht hat, daß sie ihre frühere Erklärung nicht mehr aufrecht erhalten will, und durch diese neue einseitige Erklärung die frühere vertragliche Vereinbarung aufhebt.

§ 16.
Hat die Heilung rückwirkende Kraft?

In der Literatur ist oft zu der Frage nach dem Zeitpunkt der Heilung Stellung genommen worden. Dabei wird aber meist nicht deutlich zwischen zwei Fragen unterschieden, die sorgfältig gesondert werden müssen:

1. In welchem Zeitpunkt tritt die Heilung ein?
2. In welchem Zeitpunkt treten die Wirkungen der Heilung ein? Hat sie rückwirkende Kraft oder nicht?

Die erste Frage kann nach der klaren Bestimmung des Gesetzes garnicht zweifelhaft sein: Der Vertrag wird gültig, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen. Sehr bestritten dagegen ist die zweite Frage, die vielfach unter dem ungenauen Namen „Zeitpunkt der Heilung" erörtert wird. Sie ist namentlich von Bedeutung für die Fragen, wann man die Verjährungsfristen für Mängelansprüche, Anfechtungsrechte usw. beginnen lassen soll. Von der Literatur wird die Frage verschieden beantwortet [1]). Vielfach wird das Problem etwa in folgender Weise behandelt, z. B.: Die Heilung ist eine Bestätigung, d. h. eine Neuvornahme des Vertrages in gesetzlicher Form. Wenn danach jetzt erst der Vertrag zustandekommt, vorher aber rechtlich ein Nichts bestanden hat, so ist eine Rückwirkung nicht denkbar [2]). Derartige Begründungen, bei denen die Frage dadurch gelöst wird, daß die Heilung unter einen anderen Rechtsbegriff gestellt wird, müssen nach der in § 10 vertretenen Auffassung hier ausscheiden. Vielmehr muß man danach von einem ganz anderen Standpunkt aus an das Problem herantreten:

Wie ist die Frage nach § 313 und zwar nur nach § 313 zu entscheiden?

Die Beantwortung ist garnicht so schwierig, wie es scheint. Allerdings gibt der Paragraph keine ausdrückliche Bestimmung. Er sagt zwar „wird gültig", aber das ist eine Beantwortung der anderen Frage, nämlich wann die Heilung eintritt. Die zweite Frage, wann die Wirkungen der Heilung eintreten, wird vielmehr eher durch das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung beantwortet [3]); es gilt, weil

---

[1]) Bejahend namentlich von Planck, Nr. 4, Staudinger, Nr. 5, Enneccerus I, S. 397, Schollmeyer, Nr. 3, Behrend bei Gruchot, 31, S. 457; verneinend namentlich von Oberneck, S. 392, Oertmann, Komm., Anm. 7, Turnau-Foerster, S. 424, Eccius I, § 79, Anm. 67, RG. bei Gruch, 29,388.

[2]) so RG. in RGZ. 75/115, jedenfalls zutreffender als Planck und Enneccerus (beide a. a. O.), die gerade von dem Gedanken der Bestätigung aus zu einer Rückwirkung kommen; richtig in dieser Beziehung: Staudinger I, § 141, Anm. 6.

[3]) ebenso Oertmann, Komm., § 313 f.

nichts anderes bestimmt ist, die allgemeine Regel: Die Wirkungen eines Vertrages treten mit dem Zeitpunkt ein, wo er gültig abgeschlossen vorliegt. Das ist aber erst nach erfolgter Auflassung und Eintragung der Fall. Diese Ablehnung einer Rückwirkung wird noch gestützt, wenn man auf Sinn und Zweck des § 313 eingeht. Diese weisen auf folgenden Weg: Das Gesetz will erreichen, daß die Parteien nicht durch übereilte Abmachungen gebunden werden. Es sollen daher vor der Auflassung und Eintragung keinerlei Bindungen irgendwelcher Art bestehen, also auch nicht Bindungen an Mängelfristen, an Anfechtungsfristen usw. Solche würden aber nachträglich noch für die Zeit vor der Heilung geschaffen werden, wenn man der Heilung rückwirkende Kraft beilegen würde. Eine solche Entscheidung würde sich also bei einem genaueren Eingehen auf den Sinn des Gesetzes nicht halten lassen. Zu demselben Ergebnis führt auch folgende Erwägung: Wie in § 15 ausgeführt ist, ist es möglich, daß eine Heilung ohne Zutun der anderen Partei eintritt. Sollte diese nun ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums, Täuschung usw. nicht mehr geltend machen können, bloß weil sie es unterlassen hatte, rechtzeitig nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes ihr Recht geltend zu machen? Sie hatte es ja gar nicht nötig gehabt, anzufechten, da ja der Vertrag wegen Formmangels ungültig war; ja, es würde sonderbar wirken, wenn einer der Vertragschließenden der Gegenpartei erklären würde: „Ich fechte den ungültigen Vertrag an."

Auch geschichtliche Gründe sprechen, wie in der Literatur zutreffend hervorgehoben worden ist [1]), für eine Ablehnung der Rückwirkung. Schon im gemeinen Recht wurde sie allgemein in solchen Fällen abgelehnt, wo formnichtige Geschäfte geheilt werden [2]).

Gegen die hier vertretene Auffassung sind mehrere Einwände erhoben worden: In manchen Fällen erscheint eine Verneinung der Rückwirkung unbillig, z. B. wenn der wegen Täuschung Anfechtungsberechtigte in Kenntnis des Anfechtungsgrundes seine Auflassungserklärung abgibt. Das Rechtsempfinden veranlaßt daher Schollmeyer [3]) und Tochtermann [4]) dazu, eine Rückwirkung der Heilung anzunehmen, und zwar stützen sie diese Ansicht auf § 242 B.G.B. Gegen diese Beweisführung muß man indessen geltend machen, daß hier das Anwendungsgebiet dieses Paragraphen viel zu weit ausgedehnt wird, wie es leider oft bei derartig weit gefaßten Bestimmungen geschieht. Aber

---

[1]) Gutbrod, S. 116.

[2]) Windscheid-Kipp I, § 83, Nr. 1 und 2, Anm. 2; Dernburg, Pandekten, 2. Aufl., I, § 84, S. 194 und § 122, S. 286; Wendt, Pandekten, § 59, S. 160; RG.Z. 10/72, 27/163.

[3]) zu § 313, Ziffer 3, S. 169.

[4]) S. 60.

man kann in den genannten Fällen auf eine andere Weise zu einer dem Rechtsempfinden entsprechenden Entscheidung gelangen. Man wird in der Mitwirkung zur Auflassung einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht erblicken müssen[1]. Speziell für die Mängelansprüche kommt § 460 B.G.B. in Betracht, so daß diese ausgeschlossen sind, wenn der Käufer bei der Auflassung den Mangel kannte[2].

Weiter wird für eine Rückwirkung der Heilung angeführt[3], daß diese im Sinne der Parteien liege. In dieser allgemeinen Form ist das nicht richtig. Jedenfalls liegt es im Sinne des Berechtigten, daß die Fristen erst mit der Heilung beginnen.

Ferner wird geltend gemacht[4], der Anfechtungsberechtigte solle eben die Heilung dadurch verhindern, daß er die Mitwirkung zur Auflassung verweigert. Dieser Einwand scheitert daran, daß unter Umständen auch ohne seine Mitwirkung eine Heilung eintreten kann. (Vgl. § 15.)

Die Ablehnung der Rückwirkung erscheint endlich in solchen Fällen unbillig, wo gemäß dem formungültigen Vertrage der Käufer schon vor der Auflassung die Nutzungen gezogen hat und sie nun nach der Heilung wieder herausgeben müßte. Hier liegt aber, wie wohl allgemein verkannt wird, das Problem in einer ganz anderen Richtung. Die Frage ist nicht: Wirkt die Heilung zurück?, sondern: Ist bezüglich der Nutzungen der durch Auflassung und Eintragung gültig gewordene Vertrag nach den gesamten Umständen und Vereinbarungen, insbesondere unter Berücksichtigung der früheren Ungültigkeit und der inzwischen eingetretenen Heilung so auszulegen, daß der Käufer die vor der Auflassung gezogenen Nutzungen behalten soll oder nicht?

Wenn man diese ganzen Darlegungen zusammenfaßt, so ergibt sich folgendes: Eine **Rückwirkung der Heilung** ist nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes **zu verneinen**. In Ausnahmefällen mag zwar diese Entscheidung unbillig sein; aber dann ist auf andere Weise zu helfen (z. B. Verlust des Anfechtungsrechts durch konkludent erklärten Verzicht). In manchen anderen Fällen ferner handelt es sich garnicht um die Frage der Rückwirkung, sondern vielmehr darum, was nach den gesamten Erklärungen und Umständen als Inhalt des durch Auflassung und Eintragung gültig gewordenen Vertrages anzusehen ist, wobei namentlich die ursprüngliche Ungültigkeit und die spätere Heilung zu berücksichtigen sind.

---

[1]) so auch Gutbrod, S. 117.
[2]) so auch Gutbrod, a. a. O.
[3]) Schollmeyer, a. a. O., Tochtermann, a. a. O.
[4]) Schollmeyer, a. a. O.

§ 17.

Inwieweit werden die Vereinbarungen der Parteien von der Heilung ergriffen?

In der Literatur ist unendlich viel über die Frage geschrieben und gestritten worden, inwieweit von der Heilung Nebenabreden ergriffen werden. Dabei fehlt aber jede klare, einheitliche Abgrenzung des Begriffs „Nebenabrede". Infolgedessen herrscht in dieser Frage eine große Unklarheit, die noch durch andere Schwierigkeiten gesteigert wird.

Man sollte meinen, daß unter Nebenabreden nur nebensächliche Vereinbarungen verstanden werden. Daß das aber nicht der Fall ist, geht daraus hervor, daß innerhalb der Nebenabreden oft im Sinne des § 139 B.G.B. unterschieden wird, also danach, ob die Parteien bei Ungültigkeit einer solchen Vereinbarung den Vertrag doch geschlossen haben würden oder nicht. Die Abgrenzung muß also in einer anderen Richtung liegen.

Meist werden[1]) als Nebenabreden die neben einem notariellen Vertrag getroffenen mündlichen Vereinbarungen angesehen. Das ist aber zum mindesten mißverständlich. Nach § 313, Satz 1, bedarf der ganze Vertrag der öffentlichen Beurkundung. Wenn einige der Vereinbarungen nicht beurkundet sind, so sind zunächst nur diese nichtig, und wenn sie nur eine untergeordnete Bedeutung haben, so daß die Parteien den Vertrag auch ohne sie geschlossen haben würden, so lassen sie nach § 139 den Vertrag, soweit er beurkundet ist, bei Bestand. Es kann daher auf Grund des notariellen Vertrages auf Erfüllung geklagt werden. Wenn dann aber aufgelassen und der Erwerber eingetragen ist, dann tritt die Wirksamkeit des § 313, S. 2, ein, und es werden auch die formlosen Vereinbarungen gültig. Haben aber die mündlich getroffenen Vereinbarungen eine solche Bedeutung, daß sie nach § 139 den ganzen Vertrag ungültig machen, so besteht keine Möglichkeit, die Auflassung und Eintragung zu erzwingen. Wird sie aber — gleich, aus welchen Motiven — vorgenommen, so ergreift die Heilung den ganzen Vertrag. Diese Entscheidungen ergeben sich mit ziemlicher Deutlichkeit aus dem Gesetz, und es ist eigentlich nicht recht verständlich, wie sie in Zweifel gezogen werden können. Das RG. hat verständigerweise immer so entschieden[2]). Für die Frage nach dem Umfang der Heilung ist es daher gleichgültig, ob die Vereinbarungen beurkundet sind oder nicht, und ob sie nebensächlich sind

---

[1]) In J.W. 1922, S. 186 ff., wird darauf hingewiesen.

[2]) Manche Entscheidungen lassen allerdings durch die Art ihrer Fassung den Gedanken nicht deutlich erkennen, vgl. darüber J.W. 1922, S. 186 ff.

oder nicht. Die Bezeichnung „Nebenabreden“ ist danach in doppelter Hinsicht mißverständlich:

1) weil sie zu der Annahme drängt, als würden die nicht beurkundeten Abreden anders behandelt, als die beurkundeten, was nach den vorhergehenden Ausführungen nicht der Fall ist;
2) weil man mit dem Ausdruck „Nebenabreden“ unwillkürlich die Vorstellung verbindet, als handle es sich um nebensächliche Vereinbarungen.

Ist man aber zu dieser Erkenntnis gekommen, so muß man dem Verfasser des oben zitierten Aufsatzes darin recht geben, wenn er den Gebrauch des Ausdruckes „Nebenabreden“, den er auf Einflüsse des Allgem. Landrechts zurückführt, beklagt, ja, man muß sogar fordern, daß mit dieser Bezeichnung bei den Problemen des § 313 endlich gebrochen wird. Wenn hier trotzdem von der Heilung der Nebenabreden gesprochen worden ist, so ist das auch weniger als Konzession an die bisherige Handhabung in der Literatur geschehen als vielmehr zur Hervorhebung, daß diese Unterscheidung überflüssig und oft gar nicht durchführbar ist. Wenn danach aber auch feststeht, daß bei der Frage nach dem Umfang der Heilung weder zu unterscheiden ist, ob die Vereinbarungen nebensächlich sind oder nicht, noch ob sie beurkundet sind oder nicht, so ist es trotzdem noch möglich, daß man in anderer Richtung eine Unterscheidung treffen muß. Es bleibt daher noch immer die Frage zu beantworten: Inwieweit werden die Vereinbarungen der Parteien von der Heilung ergriffen?

Bei der Beantwortung dieser Frage muß man ausgehen von der Bestimmung des § 313, S. 2, wonach der Vertrag „seinem ganzen Inhalt nach“ gültig wird. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung scheint es so, als wenn alle Vereinbarungen von der Heilung ergriffen werden. Wenn man aber den Grundsatz des § 313, S. 2, in dieser Weise auffaßt, so lehrt ein Blick auf die Literatur, daß der Grundsatz in zwei Gruppen von Fällen unterbrochen wird.

1. Die erste Durchbrechung ist der Satz: Es wird nur der Mangel der nach § 313, S. 1, erforderlichen Form geheilt. Dieser Gedanke ist richtig, wenn man sich das Richtige darunter vorstellt. Daß dieses aber in der Praxis nicht immer geschieht, mögen folgende gerade entgegengesetzten Entscheidungen zeigen:

a) In einem Falle [1]), wo sich jemand schenkungsweise verpflichtet hatte, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, hat das RG. die Auffassung vertreten, daß die Heilung nach § 313, S. 2, nur den Mangel der nach § 313, S. 1, erforderlichen Form ergreift, aber

[1]) RG. Warn. 1909, Nr. 194 und 1911, Nr. 12, J.W. 1911, S. 37.

nicht den Mangel der nach § 518 B.G.B. erforderlichen Beurkundung. Das hat insofern Bedeutung, als die Heilung nach § 313 den Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig macht, die Heilung nach § 518 dagegen nur, soweit geleistet ist. Der Entscheidung des RG. wird hier unbedenklich zugestimmt. Das ist die richtige Auffassung von dem Satz, daß die Heilung nach § 313, S. 2, nur den Mangel der nach § 313, S. 1, erforderlichen Form ergreift.

b) Demgegenüber steht nun folgender Fall[1]): A. hat sich zur Uebereignung seines Grundstücks verpflichtet, B. hat sich verpflichtet, eine Geldsumme zu zahlen und dem A. auf viele Jahre ein Mietrecht einzuräumen. Diese zweite Verpflichtung bedarf — ebenso wie im vorhergehenden Falle die Schenkung — einer Form, da es sich um ein Mietrecht auf länger als ein Jahr handelt — ganz abgesehen von der nach § 313, S. 1, erforderlichen Beurkundung. Hier hat das RG. Heilung angenommen mit der Begründung, es werde durch Auflassung und Eintragung der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig. Richtig ist, daß der Mangel der nach § 313, S. 1, erforderlichen Form geheilt wird, aber damit ist noch immer nicht der Mangel der nach § 566 B.G.B. nötigen Schriftform geheilt. Das hat das RG. verkannt, und das ist die falsche Auffassung von dem oben genannten Satz.

Richtig werden diese Fragen von Planck[2]) entschieden, der sich auch wesentlich klarer ausdrückt. Daß der Satz — richtig aufgefaßt — als notwendig anerkannt werden muß, ergibt sich daraus, daß im Falle der Annahme einer Heilung alle die Zwecke nicht erreicht werden würden, die der Formvorschrift für diese anderen Vereinbarungen (Schenkung, Verpflichtung zur Vermögensübereignung usw.) zugrunde liegen. Das mag folgendes Beispiel zeigen: Jemand verkauft mündlich an einen anderen sein Grundstück. Die Gegenleistung des Gegners soll darin bestehen, daß er sein Vermögen übereignet. Auch diese Vereinbarung wird mündlich getroffen. Das Grundstück wird aufgelassen, der Erwerber eingetragen. Wollte man annehmen, daß damit auch der Formmangel für die Verpflichtung zur Vermögensübertragung geheilt wird, so würde die Bestimmung des § 311 „illusorisch" werden. Hier ist absichtlich ein Beispiel gewählt, bei dem es sich um eine Vereinbarung handelt, die ebenfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Gegen andere Beispiele (Heilung mangelnder Wechselform usw.) könnte man nämlich einwenden, daß die Heilung nur die mangelnde gerichtliche oder notarielle Beurkundung er-

---

[1]) RG.Z. 103/381.

[2]) Komm., Allg. Teil des R. der Schuldverh., 1914, § 313, Erl. 6.

setze, nicht aber z. B. einen formungültigen Wechsel gültig mache.

Ein Einwand ist allerdings beachtlich, der vom RG. in RG.Z. 103/381 gemacht wird. Dort wird der oben angegebene Fall behandelt, wo die Gegenleistung u. a. in der Einräumung eines Mietrechtes besteht. Das RG. hat hier Heilung des Mietvertrages angenommen und dafür (außer dem Wortlaut des § 313, S. 2) folgende Begründung angeführt: „Den Mietvertrag der Rechtsgültigkeit entkleiden, hieße, sie dem ganzen Veräußerungsvertrage abzusprechen (§ 139), da anderenfalls der von den Parteien gewollten Zusammenfassung der beiden Rechtsgeschäfte zu einer Einheit nicht Rechnung getragen würde." Der Einwand ist nicht unbeachtlich, aber doch wohl nicht entscheidend. Gewiß ist es unbillig, den ganzen Vertrag der Rechtsgültigkeit zu entkleiden; aber dasselbe ist bei formnichtigen Geschäften oft der Fall. Wie häufig müssen wir sagen: die Parteien haben ernsthaft das Geschäft gewollt, und es ist unbillig, den Vertrag für ungültig zu erklären, wenn nachher der eine unter Berufung auf die Formnichtigkeit die Erfüllung verweigert. Das ist etwas, was hingenommen werden muß, wenn das Gesetz nun einmal Formvorschriften aufstellt. Wollte man aber mit dem RG. in dem genannten Falle eine Heilung annehmen, so muß man es folgerichtiger Weise in dem Falle der Vermögensübertragung ebenfalls tun, zumal die Einräumung eines Mietrechts auf viele Jahre ein weit größeres Opfer bedeuten kann als die Uebereignung eines Grundstücks beim Tausch. Aus diesen Erwägungen muß an den oben gewonnenen Grundsätzen festgehalten werden.

2. Die zweite Durchbrechung zeigt sich in den Fällen, wo sich der Grundstückserwerber selbst zur Uebereignung eines Grundstücks verpflichtet, gleich, ob sie bedingt (nach herrschender und wohl richtiger Ansicht ist das Vorkaufsrecht als doppelt bedingter Kauf aufzufassen[1]) oder befristet ist oder nicht. Namentlich gehört hierher der Grundstückstausch. Diese Durchbrechung wird mit der Begründung gerechtfertigt, daß eine wörtliche Anwendung des Satz 2 den § 313, S. 1, illusorisch machen würde[2]). Die Richtigkeit dieser Beweisführung zeigt folgendes Beispiel: A. veranlaßt den B. (vielleicht am Biertisch), ihm seinen Großgrundbesitz zu verkaufen. Er verspricht als Gegenleistung die Uebereignung einer kleinen Fläche und kommt seiner Verpflichtung nach. Der Zweck des Gesetzes wäre vereitelt, wenn dadurch auch die Pflicht zur Uebereignung des Großgrundbesitzes klagbar werden würde, bloß weil man nach dem Wortlaut geht, der — wie gleich darzu-

---

[1]) Vgl. darüber Lewandowsky in Gruch. 53, S. 580 ff., und die dort angeführte Literatur.

[2]) so z. B. Turnau-Foerster I, S. 428.

legen sein wird — anders aufzufassen ist. Der Wortlaut des Gesetzes wird also hier mit Recht durchbrochen. Die h. M. gelangt von hier aus zu dem Grundsatz der „Identität der Objekte bei Grund- und Erfüllungsgeschäft", vgl. oben § 12. Der Grundsatz wird an folgender Gegenüberstellung deutlich:

1. Fall: A. verpflichtet sich mündlich, dem B. sein Grundstück zu übereignen. B. verpflichtet sich mündlich u. a., das Grundstück (gleich oder später) weiterzuübereignen oder eine Parzelle davon rückaufzulassen, oder er bestellt dem A. ein Wiederkaufsrecht oder ein Wiedervorkaufsrecht. Das Grundstück wird aufgelassen und B. eingetragen. Dann wird nach der h. M. auch die Verpflichtung zur Weiterübereignung oder Rückauflassung oder das Wiederkaufsrecht oder das Wiedervorkaufsrecht gültig und klagbar.

2. Fall: A. verpflichtet sich mündlich, dem B. seinen Grundbesitz zu übereignen. B. verpflichtet sich mündlich, sein Grundstück an A. (Tausch!) oder einen anderen zu übereignen, oder er bestellt dem A. an seinem Grundstück ein Vorkaufsrecht oder er verpflichtet sich, dem A. eine Parzelle seines Grundstücks zu übereignen. Dann werden solche Verpflichtungen des B. nicht dadurch gültig, daß das Grundstück des A. an B. übereignet wird; denn dann liegt nicht mehr Identität der Objekte bei Grund- und Erfüllungsgeschäft vor.

Mit ziemlicher Deutlichkeit werden diese Fragen
- für Weiterveräußerungen eines Teils von RG.Z. 57, S. 164 ff. (vgl. Gruchot, Bd. 50, S. 942),
- für Weiterveräußerung des Ganzen von OLG.E. 23, S. 5,
- für Wiederkaufsvereinbarungen vom RG. in J.W. 1911, S. 320, Ziffer 7,
- für Rückveräußerung eines Teils vom RG. in Seuff. Arch., Bd. 59, S. 345 f., J.W. 1909, S. 15 Ziffer 8; von OLG.E. 16, S. 364 f.

in diesem Sinne beantwortet [1]).

Aber wenn man diese Entscheidungen liest, so muß man sich doch fragen: Welche sachliche Berechtigung besteht, diese beiden Fälle verschieden zu behandeln?

Der Wortlaut des Gesetzes, mit dem die Praxis in der ersten Gruppe von Fällen arbeitet, kann jedenfalls nicht dafür angeführt werden; denn er spricht dafür, daß in beiden Fällen eine Heilung eintritt. Er macht ja zwischen ihnen keinen Unterschied.

Meist wird die verschiedene Behandlung einfach mit dem Identitätsgrundsatz gerechtfertigt. Begnügt man sich damit, so bringt man statt einer Begründung ein Schlag-

[1]) Vgl. dazu Planck, a. a. O., Erl. 6 a beta.

wort. Anders wird es, wenn man auf den Sinn des Grundsatzes eingeht. So wird in der Tat geltend gemacht[1]), daß regelmäßig der ganze Vertrag geheilt wird und bei dem Grundstückstausch nur deshalb eine Ausnahme zu machen sei, weil sonst § 313, S. 1, illusorisch werden würde. Daß er illusorisch werden würde, ist ja schon dargelegt; aber wird er nicht auch im Falle des Wiederkaufsrechts, der Rückauflassung, der Verpflichtung zur Weiterveräußerung desselben Grundstücks illusorisch? Die Parteien könnten ja die allertörichtsten, wenn nur ernsthaften Vereinbarungen über dieses Grundstück treffen, so könnten sie, um einmal ein ganz krasses Beispiel zu nehmen, vereinbaren, daß der Erwerber des Grundstücks dieses in mehrere Teile aufteilen soll, einen davon dem Veräußerer A. rückauflassen, an einem anderen dem A. ein Wieder-, an einem dritten ein Vorkaufsrecht, an einem vierten ein langfristiges Mietrecht einräumen und die übrigen Teile an verschiedene Leute übereignen soll. Alle diese Abmachungen würden durch die eine Auflassung und Eintragung geheilt werden; denn es ist ja die Identität der Objekte gewahrt.

Weiter ist geltend gemacht worden, es sei unbillig und unzweckmäßig, wenn man z. B. bei der Verpflichtung zur Rückauflassung einer Parzelle keine Heilung annähme und infolgedessen der Veräußerer bis zur Erfüllung dieser Verpflichtung sein Grundstück mit der Bereicherungsklage herausverlangen könnte[2]). Aber ist die Rechtslage inhaltlich eine andere, wenn sich der Erwerber zur Auflassung einer Parzelle seines Grundstücks verpflichtet, wobei ebenfalls der Veräußerer bis zur Erfüllung dieser Verpflichtung einen Bereicherungsanspruch hat?

So bleibt eigentlich nur ein Grund für eine verschiedene Behandlung der beiden Fälle, der allerdings bisher von niemand vorgebracht worden ist, nämlich daß die Parteien mit ihren Vereinbarungen auf das eine Grundstück beschränkt sind und infolgedessen kein allzu großes Unheil anrichten können; denn sobald sie über die Grenzen dieses Grundstücks hinausgehen, greift ja der Identitätsgrundsatz ein. Mit dieser Beweisführung kann man aber schwerlich die h. M. halten, man denke nur an das oben gebrachte Beispiel.

Nach diesen Erwägungen erscheint folgende Annahme gerechtfertigt, die dem Sinne nach auch Planck, a. a. O., allerdings mit einer ganz anderen Begründung, von der gleich zu sprechen ist, vertritt: Die Heilung nach § 313, S. 2, erstreckt sich — wie schon fast allgemein angenom-

---

[1]) Vgl. Turnau-Foerster I, S. 428.

[2]) Plank, a. a. O., weist auf diesen Gegengrund der h. M. hin, allerdings ohne gerade dieses Argument zu widerlegen.

men wird — nicht auf die Verpflichtung, das Eigentum an seinem Grundstück jetzt oder später, ganz oder teilweise, bedingt oder unbedingt, befristet oder unbefristet zu übertragen; aber sie erstreckt sich auch nicht auf die Verpflichtung, das Eigentum an diesem Grundstück ganz oder teilweise, bedingt oder unbedingt usw. zurückzuübertragen. Der Identitätsgrundsatz ist also insofern richtig, als bei mangelnder Identität eine Heilung abzulehnen ist, aber er ist insofern zu eng, als er die ebenso liegenden Fälle des Wiederkaufsrechts usw. nicht erfaßt.

Aber diese Auffassung scheint doch vollkommen der Bestimmung des § 313, S. 2, zu widersprechen? Das ist aber, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, nicht der Fall. Und hier setzt jetzt die im Kommentar von Planck gegebene Begründung ein, der ja denselben Standpunkt wie die hier gemachten Ausführungen vertritt. Planck führt aus, daß man im § 313, S. 2, unter Auflassung und Eintragung die Erfüllung sämtlicher im Vertrage begründeten Grundstücksübereignungspflichten zu verstehen habe, und man kann dem nur zustimmen; denn was soll uns im Falle des Grundstückstausches und auch in den anderen genannten Fällen dazu berechtigen, eine Uebereignung, und sei es auch die wichtigste, herauszugreifen und ihr hinsichtlich aller übrigen heilende Kraft beizulegen? Die hier vertretene Ansicht ist also nicht nur mit dem Sinn des Gesetzes zu vereinbaren, sondern diese Auffassung ist sogar wahrscheinlich der Sinn des Gesetzes. Eine Ausnahme kann man allerdings wohl mit Planck machen, nämlich bei der Pflicht zur Rückauflassung eines Teiles, sofern diese nur vereinbart worden ist, als ein „aus technischen Gründen gebotener Umweg zu dem Ziel, das von vornherein darin besteht, dem Erwerber weniger zu verschaffen“. Die in diesen Fällen bestehende Unbilligkeit, den Vertrag ganz ungeheilt zu lassen (§ 139), fällt damit weg.

Nach den bisherigen Ausführungen sind wir zu drei Durchbrechungen des Wortlautes des § 313, S. 2, gekommen:

1. nur der Mangel der nach § 313, S. 1, erforderlichen Form wird geheilt,
2. keine Heilung beim Grundstückstausch und ähnlichen Fällen, solange nicht beide Grundstücke übereignet sind,
3. keine Heilung bei der Verpflichtung zur Rückauflassung und ähnlichen Fällen.

Jetzt fehlt nur noch das Glied, daß diese Durchbrechungen verbindet. Dieses muß noch ergänzt werden, und das geschieht dadurch, daß man — das unterläßt auch Planck — eine einheitliche Formel sucht, die den Umfang der Heilung nach § 313, S. 2, bestimmt und die alle genannten

Durchbrechungen des Wortlautes erfaßt. Zu diesem Zweck werden — einstweilen nur als Behauptungen — folgende Sätze aufgestellt, die zwar in ähnlicher Form schon in Wissenschaft und Praxis hervorgetreten sind, aber noch nicht klar und einheitlich zusammengefaßt und noch weniger einheitlich befolgt sind.

Man muß zwei Gruppen von Vereinbarungen unterscheiden:

a) Die eine Gruppe bedarf schon für sich, d. h. ohne Teilinhalt eines Vertrages zu sein, in dem sich eine Partei zur Uebereignung eines Grundstücks verpflichtet, einer besonderen Form.

Das ist z. B. der Fall bei dem Wechsel, der Schenkung, dem Mietvertrag über ein Grundstück auf länger als ein Jahr, der Verpflichtung zur Vermögensübertragung usw.,

aber auch bei der Verpflichtung zur Uebereignung eines Grundstücks (einschließlich Wiederkaufsrecht, Vorkaufsrecht, Wiedervorkaufsrecht), und zwar gleich, um welches Grundstück es sich handelt, also auch wenn sie sich auf ein Grundstück bezieht, zu dessen Uebereignung sich ein anderer verpflichtet.

b) Die andere Gruppe bedarf einer solchen Form für sich allein nicht, bedarf aber nach § 313, S. 1, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wenn sie Inhalt eines Grundstücksveräußerungsvertrages sind; denn nach § 313, S. 1, bedarf ja der ganze Vertrag der öffentlichen Beurkundung.

Beispiele: Die Vereinbarung, daß jemand als Gegenleistung für eine Leistung (z. B. Dienste) eine Geldsumme zahlen soll, bedarf keiner Form. Die Zusicherung von Eigenschaften einer Sache bei einem Kaufvertrag bedarf keiner Form. Werden sie aber Teilinhalt eines Grundstücksveräußerungsvertrages, so bedürfen, wie der ganze Vertrag, so auch diese Abreden der öffentlichen Beurkundung.

Wenn nun in einem Vertrage sich eine Partei — ob auch die andere, ist hier gleichgültig — zur Uebereignung eines Grundstücks formungültig verpflichtet hat, diese Verpflichtung aber durch Erfüllung geheilt ist, so ist bezüglich aller anderen Vereinbarungen, gleich, ob sie nebensächlich sind oder nicht, zu prüfen, welcher von den beiden Gruppen sie angehört;

a) gehört sie der zweiten Gruppe an, so wird sie von der Heilung ergriffen;

b) gehört sie aber der ersten Gruppe an, so wird sie von der Heilung nicht ergriffen. Ob das dann auf den ganzen Vertrag wirkt, bestimmt sich nach § 139 B.G.B. Eine Heilung ist aber bei der Verpflichtung zur Rückauflassung eines Teils

des Grundstücks dann anzunehmen, wenn dieser Teil nur einen „Substraktionsposten von dem darstellt, was der Erwerber erhalten soll und diese Regelung nur getroffen wird, weil sie aus technischen Gründen geboten ist“ [1]). Eine weitere Ausnahme ist dann anzunehmen, wenn die Abrede auf Grund des § 313, S. 2, in Verbindung mit einer anderen Gesetzesbestimmung gültig wird, z. B. hat die auf Grund eines Schenkungsversprechens erfolgte Uebereignung heilende Kraft, aber der Umfang der Heilung bestimmt sich dann nicht nach § 313, S. 2, sondern nach § 518.

Beispiel: Jemand hat sich mündlich verpflichtet, einem anderen schenkungsweise ein Haus zu übereignen und dieses mit Möbeln auszustatten. Durch die Uebereignung des Grundstücks erlangt der andere keinen klagbaren Anspruch auf die Möbeleinrichtung.

Da die hier aufgestellten Sätze nur eine Zusammenfassung der vorher gewonnenen und im einzelnen genau begründeten Ergebnisse sind, so ist damit auch die Richtigkeit der Gesamtformel erwiesen. Man könnte höchstens fragen, ob die Aufstellung einer Gesamtformel notwendig und wünschenswert ist; wenn man aber bedenkt, wie verschiedenartig und widerspruchsvoll die Probleme dieses Abschnitts in Wissenschaft und Rechtsprechung entschieden werden, so muß diese Frage unbedingt bejaht werden.

Diese ganzen Ausführungen gelten aber nur für den Fall, daß es sich um Vereinbarungen handelt, die ihrem ganzen Sinne nach „Teile des einheitlichen und unteilbaren Grundstücksveräußerungsvertrages“ [2]) sind; ist dieses aber nicht der Fall, sondern sind diese Vereinbarungen nur sozusagen zufällig, aber ohne jeden engeren rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang in dasselbe Schriftstück aufgenommen, so findet auf diese § 313, S. 2, schon deshalb keine Anwendung, weil sie schon gar nicht unter § 313, S. 1, fallen, und die oben gemachten Ausführungen brauchen daher erst gar nicht herangezogen zu werden.

---

[1]) Planck, a. a. O.

[2]) Seuff. A. 55/11; Turnau-Foerster I, 320.

Lebenslauf.

Am 9. April 1906 wurde ich in Berlin geboren. Ich bin evangelischer Konfession. Von Ostern 1912 bis Oktober 1913 besuchte ich das Friedrichsgymnasium zu Berlin, von Oktober 1913 bis Ostern 1924 das Gymnasium zu Hameln, wo ich am 5. März 1924 das Reifezeugnis erlangte. Nach sechssemestrigem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Marburg bestand ich am 27. Juli 1927 vor dem juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht Kassel die Referendarprüfung und wurde am 22. September 1927 zum Referendar ernannt. Seitdem bin ich am Gericht in Kassel tätig. Am 30. April 1928 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Werner Gall,
Gerichtsreferendar.

Lebenslauf.

Am 1. April 1900 wurde ich in Halle geboren. [illegible] [illegible] 1919 [illegible] von Oktober 1919 bis [illegible] gymnasium, das ich am 8. März 1921 [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] 1927 [illegible] [illegible] am 2. [illegible] [illegible] 1928 [illegible] [illegible] April 1928 [illegible]

[illegible]